

## 1.2. Familia

Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar

*Requirements for the attribution of the use of the familiar housing*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** Una de las medidas a adoptar en los supuestos de crisis matrimonial o de pareja es la atribución del uso de la vivienda familiar. A falta de acuerdo de los cónyuges en el correspondiente convenio regulador o de su homologación judicial, corresponde al juez decidir sobre las bases de los criterios fijados en el artículo 96 del Código Civil, según existan o no hijos, y, en su caso, de que los hubiere, sean menores, incapacitados o mayores de edad; y, en todo caso, la posible aplicación finalista del citado precepto evitando el automatismo de la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo y al cónyuge custodio, y su implicación con otras medidas, es la materia sobre la que se va a centrar el presente estudio.

**ABSTRACT:** *One of the measures to adopting in the suppositions of matrimonial crisis or of pair is the attribution of the use of the familiar housing. For lack of agreement of the spouses in the corresponding regulatory agreement or of his judicial homologation, it corresponds to the Judge to decide on the bases of the criteria concentrated on the article 96 of the Civil Code as exist or not children, and, in his case, of which they will be, be minor, incapacitated or major of age; and, in any case, the possible application finalist of the mentioned rule avoiding the automatism of the attribution of the use of the familiar housing to the son and I guard the spouse, and his implication with other measures, it is the matter on the one that is going to centre on the present study.*

**PALABRAS CLAVES:** Vivienda familiar. Crisis matrimonial. Atribución del uso. Hijos menores y mayores de edad. Guarda y custodia.

**KEY WORDS:** *Familiar housing. Matrimonial crisis Attribution of the use. Minor and major children of age. Guard and custody.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.—III. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO.—IV. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU FUNDAMENTO: 1. EXISTENCIA DE HIJOS. 2. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO A CADA PROGENITOR SE LE OTORGА LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNO DE LOS HIJOS. 3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una de las medidas patrimoniales o económicas que se adoptan en los procesos de nulidad, separación o divorcio ante situaciones de crisis matrimonial, es la atribución del uso de la vivienda junto con otras de la misma naturaleza —pensión de alimentos, liquidación del régimen económico, pensión compensatoria—, o de carácter personal como la guarda y custodia de hijos y el régimen de visita de los mismos.

La vivienda familiar es el lugar donde el grupo familiar tiene instalado su lugar de residencia permanente y en situaciones de crisis matrimonial o ruptura de pareja cumple la función de favorecer la continuidad de la vida familiar, aunque fragmentada, y asimismo, representa un mecanismo tutelador de los intereses de los hijos, cuya protección general presenta un rango constitucional impuesto por el artículo 39.1 y 2 de la Constitución Española. A falta de acuerdo entre las partes o cuando el convenio regulador no resulta homologado judicialmente, el uso de la vivienda familiar no solo puede ser atribuido en las medidas definitivas (arts. 774 de la LEC y 96 del CC), sino también en la fase de medidas provisionales (arts. 773 de la LEC y 103 del CC), o en las medidas provisionales previas o provisionalísimas (art. 771 de la LEC y 104 del CC). Ahora bien, la cuestión que se plantea en relación con esta medida patrimonial descansa en determinar cuál de los cónyuges va a permanecer en el uso de la vivienda familiar, cuando no se ha llegado a un acuerdo al respecto o este no se ha aprobado por el juez, y en tales casos corresponde a la autoridad judicial resolver la cuestión atendiendo a los criterios que establece el artículo 96 del Código Civil.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de tales criterios tal como se sustancia en la doctrina y jurisprudencia; no obstante, previamente haremos una breve referencia al concepto de vivienda familiar y a la naturaleza de la atribución del uso de la vivienda.

## II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

Nuestro legislador ha optado por no ofrecer ninguna conceptualización de la vivienda familiar, sino que esa labor prefiere residenciarla en la doctrina y la jurisprudencia. Así ELORRIAGA DE BONIS (1995, 46) la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación», o «como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia»<sup>1</sup>. Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación. En esencia, es el lugar donde habitualmente y con continuidad se desarrolla la convivencia de la familia y le proporciona cobijo, además seguridad e intimidad (SERRANO ALONSO, 1986, 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, 1997, 39 y 40)<sup>2</sup>. Para HERRERO GARCÍA (1991, 588) por vivienda familiar ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar»<sup>3</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996<sup>4</sup>, conceptúa la vivienda familiar como «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. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Desde una perspectiva, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO (1986, 28) denomina «familiarización», esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar<sup>5</sup>; se trata entonces de una cuestión de hecho que «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan y la regulen» (ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 187)<sup>6</sup>.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 del CC) (GETE-ALONSO Y CALERA, 1984, 349)<sup>7</sup>. Estamos ante domicilio conyugal cuando existe una relación matrimonial frente al domicilio familiar que, de forma más amplia abarca no solo aquel sino también donde conviven los miembros de una pareja con hijos o sin ellos, o familias monoparentales, e, igualmente, cuando disuelto el matrimonio no existe ya un vínculo conyugal (art. 93.2 del CC). El domicilio conyugal cumple una función de localización jurídica —por ello se concreta en un determinado ámbito espacial— y de identificación del matrimonio; mientras que la vivienda familiar será la base física del domicilio familiar (ESPIAU ESPIAU, 1992, 37)<sup>8</sup>.

En todo caso, existe una tendencia doctrinal mayoritaria tendente a hacer coincidir la vivienda familiar con el domicilio conyugal o domicilio familiar (ESPIAU ESPIAU, 1992, 21)<sup>9</sup>. Si bien, no faltan autores que niegan que la vivienda familiar constituya la sede del domicilio conyugal. Así GARCÍA CANTERO (1986, 71 y 72) piensa que «conviene deslindar ambas figuras en atención a la diferente finalidad que cumplen. Por de pronto, el domicilio tiene una función principalmente *ad extra* en las relaciones con los terceros, para realizar pagos y cobros, para recibir notificaciones, etc., por lo cual, en último término, podría sustituirse o reemplazarse por un buzón o un apartado de correos. En cambio, aunque no se excluyen esas funciones externas, lo fundamental en la vivienda y mobiliario familiares son las funciones *ad intra*, de convivencia entre sus miembros, de cobijo y alimentación, de asistencia y formación. El domicilio legal no puede faltar nunca, la vivienda familiar sí, y, aunque exista, ser diferente del domicilio»<sup>10</sup>.

Por otra parte, la noción de domicilio conyugal se relaciona con la de domicilio familiar, al operar ambos sobre el espacio que sirve de residencia al grupo familiar, y, asimismo, determinan la existencia de un grupo de personas unificadas en ese lugar en razón de su domicilio (GETE-ALONSO Y CALERA, 1984, 349)<sup>11</sup>. Además, el concepto de residencia habitual coincide con el domicilio y vivienda familiar, pues, el domicilio es precisamente el lugar de residencia habitual, y la vivienda la base territorial de aquél (ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 195)<sup>12</sup>.

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos: 1) Ha de constituir el lugar donde habitualmente se

desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar (ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 214)<sup>13</sup>, o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible (HERRERO GARCÍA, 1991, 588)<sup>14</sup>; o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. De ahí que se excluyan las segundas residencias, fincas de recreo —por muy habitualmente que sean utilizadas por la familia, por ejemplo, durante los fines de semana—, los locales destinados exclusivamente a uso profesional, o el piso adquirido a tal fin por uno de los cónyuges, pero aun no ocupado, el terreno sobre el que se proponen construir la casa (GARCÍA CANTERO, 1986, 73 y 74; CÁRCABA FERNÁNDEZ, 1987, 1506)<sup>15</sup>. La vivienda ha de estar efectivamente ocupada por la familia, sin que sea necesario que, tal ocupación haya tenido lugar durante un determinado periodo de tiempo, pues, tan habitual es la que está ocupada durante muchos años como la que se habita recientemente (RODRÍGUEZ LÓPEZ, 1982, 1606; ERDONÁIZ LÓPEZ, 1997, 82)<sup>16</sup>. 2) Debe ser un lugar habitable. Para ello no se requiere que se cumplan determinadas condiciones de habitabilidad mínimas por más que el artículo 47 de la Constitución Española se refiera a una vivienda digna como premisa. Solo se exige que se trate de un lugar destinado a vivienda. Es obvio que no todas las personas, según entiende la media de los ciudadanos, tienen una vivienda digna, pero por indigna que sea no deja de ser vivienda. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ (1987, 1436), para que una vivienda sea digna y adecuada debe «albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa»<sup>17</sup>. Para TAMAYO CARMONA (2003, 34), cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que, cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo<sup>18</sup>. En este contexto, plantea cierta problemática los anejos de la vivienda —los garajes y trasteros—. Se considera vivienda habitual familiar en cuanto forman parte del mismo inmueble (ALBALADEJO GARCÍA, 2007, 149)<sup>19</sup>. Sin embargo, no faltan algunas resoluciones que optan por la concesión de su uso independientemente de la vivienda, cuando pueden ser objeto de utilización separada<sup>20</sup>. 3) Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia, y con carácter principal (ELORRIAGA BONIS, 1995, 216 y 217; TAMAYO CARMONA, 2003, 32)<sup>21</sup>. 4) La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las *roulettes*, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual (ELORRIAGA BONIS, 1995, 213; HERRERO GARCÍA, 1991, 588)<sup>22</sup>.

Finalmente, en el caso de existir varias viviendas familiares habituales, por ejemplo, en el caso que uno de los cónyuges tenga que vivir en lugar distinto que el otro cónyuge o sus hijos por razones profesionales, o, cuando los hijos residen en otro lugar diferente por motivo de estudios<sup>23</sup>. Hay dos posturas doctrinales, las que entiende que puede haber varias viviendas habituales (CÁRCABA FERNÁNDEZ, 1987, 1438)<sup>24</sup>, frente a quienes solo consideran que hay una, presumiendo como única vivienda familiar la del lugar donde los cónyuges hayan fijado el domicilio conyugal (RODRÍGUEZ LÓPEZ, 1982, 1607; CUENA CASAS, 2012, 287)<sup>25</sup>. No obstante, el artículo 233-20.5 del Código Civil catalán posibilita que en situaciones de crisis matrimonial, la autoridad judicial «pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos».

### III. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO

En torno a la cuestión, brevemente señalaremos que hay quienes defienden su naturaleza de *derecho real*, destacando su carácter *erga omnes* y su acceso al Registro de la Propiedad. Así, LACRUZ BERDEJO (2005, 102), reconociendo la difícil calificación jurídica del uso, estima que «podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial»<sup>26</sup>. Al mismo derecho real típico se refiere CAMY SÁNCHEZ-CÁÑETE (1988, 1609), al señalar que «en principio, se tratará de un derecho real de usufructo inalienable, inembargable y personalísimo, o un derecho real de habitación con esas mismas características y extendido a toda la vivienda»<sup>27</sup>. Otros, por el contrario, optan por defender su naturaleza personal. Así MURCIA QUINTANA (1998, 251) niega taxativamente que se trate de un derecho real, pues está «incardinado dentro de la contribución a las cargas de la familia, siendo, por tanto, de carácter fundamentalmente personal e intransferible»<sup>28</sup>.

Si bien, no faltan posturas intermedias. Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ (1986, 1333) condiciona la naturaleza jurídica del uso atribuido judicialmente al que tuviera el derecho de ocupación inicial de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Así «será real siempre que la titularidad sobre la vivienda lo fuera; si no hay titularidad no nacerá derecho de ocupación alguna; y, de ser personal, se dará una cesión»<sup>29</sup>; por su parte, ELORRIAGA BONIS (1995, 515 y 516), que ve en la institución rasgos propios tanto de los derechos personales como de los reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; de los segundos, su oponibilidad *erga omnes* y acceso al Registro de la Propiedad<sup>30</sup>.

Finalmente, hay quienes como SALAZAR BORT (2001, 136-139) precisan que se trata de una medida asistencial dedicada esencialmente a proteger el especial interés que, sobre la vivienda pueden tener los hijos en cuanto es necesario el mantenimiento de su entorno social para garantizar el normal desarrollo de su personalidad, pese al trauma que supone la separación o el divorcio de los padres<sup>31</sup>. O simplemente optan por calificarlo de derecho *sui generis* (DIEZ-PICAZO, 1961, 897)<sup>32</sup>.

Este debate tiene también reflejo en el seno de nuestros Tribunales y en la Dirección General de los Registros y del Notariado. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992, señala que «debe configurarse como un derecho oponible a terceros que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad y en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares»<sup>33</sup>. Asimismo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de octubre de 1999, lo califica como derecho real que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad<sup>34</sup>.

Por el contrario, consideran que no constituye derecho real, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994<sup>35</sup>, sino una forma de contribución *in natura* al levantamiento de las cargas del matrimonio; o, como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad, tal como señala la sentencia del mismo Tribunal, de 14 de diciembre de 2004<sup>36</sup>; o en fin, le otorgan una naturaleza *sui generis*, aunque reconociendo su posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad y por ello mismo, ser oponible a terceros<sup>37</sup>, o, simplemente destacan su naturaleza de derecho personal<sup>38</sup> o su carácter asistencial<sup>39</sup>, o, para mayor confusión, su calificación como un derecho de constitución judicial o con el valor de decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora

de un derecho real<sup>40</sup>. Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de febrero de 2004<sup>41</sup>, considera el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda. En esta línea se ha orientado, también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2010<sup>42</sup> que, califica el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no como un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta el interés más necesitado de protección, que, desde un punto de vista patrimonial no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro cónyuge, lo cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad.

En todo caso existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas que, estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad (DE LA PUENTE ALFARO, 2006, 2372)<sup>43</sup>. Así la resolución judicial que atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, permite el acceso al Registro de la Propiedad respetando el principio de prioridad<sup>44</sup>. De forma que el derecho de uso atribuido judicialmente que no esté inscrito, no es oponible a tercero de buena fe, lo que tiene especial relevancia cuando tiene lugar una ejecución hipotecaria de un titular hipotecario anterior. Si bien, resulta de interés destacar que, tal atribución judicial del uso puede tener lugar en dos momentos distintos del procedimiento judicial: *a)* Como medida provisional durante la sustanciación del procedimiento principal sobre la base de lo dispuesto en el artículo 103.2 del Código Civil —mediante auto—, cuyo acceso al Registro de la Propiedad tendrá lugar mediante anotación preventiva de la demanda presentada; *b)* Como medida definitiva adoptada en la sentencia que pone fin al procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio (arts. 90 B y 91 del CC), dando lugar a una nota marginal a la inscripción del dominio del bien inmueble afectado, en la que se hará referencia a la atribución de uso y el disfrute respecto del bien inmueble en la parte que corresponda. En esta línea, el artículo 233-22 del Código Civil catalán regula expresamente la publicidad del derecho de uso de la vivienda familiar, estableciendo que el derecho de uso de esta atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.

#### IV. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU FUNDAMENTO

La atribución del derecho de uso del artículo 96 del Código Civil opera cuando los cónyuges no han llegado a un acuerdo vía convenio regulador, o este no se ha homologado judicialmente, de forma que, corresponde al juez en proceso contencioso decidir sobre el uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial sobre la base de diversos criterios contenidos en tal precepto, así la existencia de hijos que quedan en compañía de un progenitor con la problemática que, conlleva según estos sean menores, incapacitados o mayores de edad, o, cuando unos hijos permanecen en compañía de un progenitor y los demás con el otro o, en fin, cuando se carece de descendencia y la vivienda es exclusiva de uno de los cónyuges. Asimismo, se fijan en dicho precepto los requisitos para la realización

de actos dispositivos sobre la vivienda familiar por el cónyuge titular, cuando su uso ha sido asignado al otro (art. 96.4)<sup>45</sup>. En todo caso, se parte de un doble objetivo: en el supuesto de haber hijos, el interés de estos actúa como prioritario para la adopción de la medida e indirectamente, el interés del cónyuge al que se atribuye la guarda y custodia; y, en el caso de no haber hijos, se considera como determinante en la adopción de la medida el interés más necesitado de protección, para lo que el juez deberá atender a los motivos de distinta naturaleza (económicos, sociales, personales), que concurren en uno u otro cónyuge, procediendo a un estudio comparativo de la situación de cada uno antes de concretar la medida. Solo cuando no concurra en ninguno de los cónyuges un interés más necesitado de protección, se atenderá a la titularidad de la vivienda que, será, por tanto, en todos los casos el criterio subsidiario. Queda, sin embargo, huérfano de regulación, pese a la reforma operada en el artículo 92 por la Ley 25/2005, la atribución del uso de la vivienda cuando la custodia de los hijos es compartida.

## 1. EXISTENCIA DE HIJOS

En este caso, la Ley prescinde del criterio de titularidad, pues, resulta irrelevante qué cónyuge sea el propietario del inmueble. Puede ser de titularidad privativa o ganancial o pertenecer a ambos en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (art. 392 del CC). Lo prioritario es la protección de los hijos; de ahí la importancia del principio de *favor filii*, principio recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la carta de los Derechos del Niño; y, asimismo, contenida en nuestro texto constitucional, artículo 39.2, y, en numerosos preceptos del Código Civil (arts. 92, 03, 103, 110, 142.2, 154, 159, 170)<sup>46</sup>. Este principio implica que todas las decisiones que se hayan de adoptar en relación a la situación del hijo menor de edad, deberán siempre buscar su interés, configurándose como una modalización de la potestad y como un criterio de solución de los conflictos intercónyugales (DÍEZ-PICAZO, 1984, 129-130)<sup>47</sup>. Asimismo, se concreta en el criterio de mantener la estabilidad del menor en su mismo entorno afectivo, social y escolar para no someterlo a más cambios del que ya en sí supone la separación o el divorcio de los padres, y que pueden afectar negativamente en su estabilidad emocional y en su desarrollo (LUQUE JIMÉNEZ, 2012, 58)<sup>48</sup>. Por su parte, en un orden procesal, implica que las medidas que afecten a los hijos menores de edad y que se concreten en una sentencia de nulidad, separación o divorcio, han de ser acordadas por el juez, incluso de oficio y sin necesidad de someterse estrictamente al principio dispositivo y de rogación.

Por tanto, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de los hijos menores de edad, por entender que es el de estos el más necesitado de protección<sup>49</sup>. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 del CC)<sup>50</sup>. Si los hijos son encomendados al cónyuge titular, no se plantea ningún problema, al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, no emerge ningún derecho<sup>51</sup>; ahora bien, si el beneficiario del uso no es el titular, el fundamento de la privación del uso se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que a él le corresponde respecto de sus hijos, ya que la separación, nulidad y divorcio no eximen a los padres de sus

obligaciones para con ello (art. 92.1 del CC) entre las que está el cumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad, y la relación paterno-filial, la de facilitarles habitación y, además que esta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constituía la vivienda familiar (MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 143-146)<sup>52</sup>.

Ahora bien, de la rígida dicción del artículo 96.1 del Código Civil a la vista de los términos que emplea «corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden» podía entenderse que estamos ante un precepto de carácter imperativo de modo que el juez estuviera imposibilitado, en defecto de acuerdo de los esposos, o en caso de no aprobación del mismo, para atribuir el uso al cónyuge en cuya compañía no queden los hijos, aunque se estimara que, es el interés más necesitado de protección. Así tendría carácter vinculante para el juez y exigiría siempre que la atribución del uso, habiendo hijos, correspondiera al cónyuge en cuya compañía queden. Si bien, la cuestión no es pacífica y así frente a esta forma de operar, en la que se considera que el legislador ha establecido una presunción *iuris et de iure* (por disposición de ley), están los que consideran que estamos ante una presunción *iuris tantum*. Para los primeros, recordemos, el artículo 96.1 se pronuncia en términos taxativos cuando ordena que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, la vivienda familiar se atribuya a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, sin que procedan los jueces a una ponderación de los intereses concurrentes, amparándose para ello en la búsqueda de la justicia material, pues se trata de una decisión ya tomada por el legislador y operar de otra forma sería desconocer la ley. De ahí, la imperatividad apuntada que imposibilita su modulación, ni autoriza que la vivienda quede en posesión del cónyuge que carezca de la guarda y custodia, ya que se considera que siempre y en todo caso, el interés más digno de tutela, es el de los hijos del matrimonio y de manera indirecta o subsidiaria el del cónyuge en cuya compañía queden. Esto es, la atribución de la guarda y custodia de los hijos a un cónyuge determina automáticamente la medida relativa a la atribución del domicilio familiar. Por tanto, ante una situación de crisis matrimonial, y a los efectos de concretar la medida de la atribución del uso de la vivienda familiar, resulta evidente que «el interés más necesitado de protección» es objeto de una determinación legal *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, incluso aunque la realidad demuestre que el interés más necesitado de protección es el del cónyuge no guardador (LETE DEL RÍO, 1994, 1150-1151; MONTERO AROCA, 2002, 62)<sup>53</sup>. Frente a esta postura, otro sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario considera que, aunque el artículo 96.1 contiene una presunción *iuris tantum* que, el interés más necesitado de protección es normalmente el de los hijos, esto no impide que, el juez si el uso se ha solicitado, además, por el cónyuge no guardador, deba considerar en cada supuesto concreto los distintos intereses en juego, de modo que si de dicha ponderación resulta que, la presunción de la norma no coincide con la realidad, podría adjudicarse el uso al cónyuge no guardador, siendo, no obstante, tal supuesto excepcional y siempre que las pruebas no dejen lugar a dudas sobre ello. Por tanto, aunque la Ley presume que el interés prevalente es el del cónyuge que asume la custodia de los hijos comunes y mediáticamente la de estos (*favor filii*), con esta forma de proceder ponderando todas las circunstancias concurrentes, se evita el automatismo de la atribución del uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge custodio, y se sigue una línea interpretativa teleológica y finalista del precepto que toma en consideración precisamente las circunstancias personales, sociales y económicas de la familia en el caso concreto (ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 484-486; BAENA RUIZ, 1992, 31-32; UREÑA MARTÍNEZ, 2011, 1826)<sup>54</sup>.

Recordemos que se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario de la necesidad o de las circunstancias que hacen del interés del progenitor no custodio el más necesitado de protección. En este contexto estaríamos ante supuestos excepcionales que posibilitasen la no atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, cuando este y los hijos tengan organizada su vida en otra vivienda independiente<sup>55</sup>; o aquel tiene medios para ubicarse en otro inmueble distinto, evitando así que el progenitor propietario de la vivienda familiar se vea despojado del inmueble<sup>56</sup>; cuando en ningún momento del procedimiento el progenitor custodio se ha opuesto a la petición del otro progenitor sobre que se le atribuye a él el uso de la vivienda<sup>57</sup>; o cuando el progenitor custodio dispone de otra vivienda de su propiedad en la que viene residiendo con los hijos en condiciones similares o incluso superiores a las que ofrecía la vivienda familiar y el otro progenitor, titular de la vivienda familiar, carece de otra<sup>58</sup>; o la vivienda familiar pertenece en régimen de comunidad no solo a los cónyuges, sino también a terceros —familiar del no custodio—, y el cónyuge al que se le atribuye la guarda y custodia de los hijos dispone de vivienda propia<sup>59</sup>; o, en fin, el esposo no guardador desarrolla su trabajo en la vivienda familiar<sup>60</sup>, o tiene problemas de salud<sup>61</sup>. De todas formas, evitando el automatismo en la aplicación de la medida atributiva del uso al cónyuge custodio, el artículo 81.2 del Código de Derecho Foral de Aragón dispone que «cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el interés para las relaciones familiares aconsejen su atribución al otro progenitor».

Por otra parte, a pesar de que del tenor literal del artículo 96.1 pueda deducirse otra cosa, el uso se concede al cónyuge titular por más que el criterio de atribución sea el de ostentar la custodia de los hijos comunes. Estos no son titulares de derecho alguno, aunque sí evidentes beneficiarios (MARTÍN MELENDEZ, 2005, 239-242; CUENA CASAS, 2011, 337)<sup>62</sup>. Aunque no faltan quienes consideran que los titulares del uso son el hijo y el cónyuge en cuya compañía quedan (MONTERO AROCA, 2002, 96-97)<sup>63</sup>, o solo el hijo fundamentándolo en el derecho de alimentos de los hijos (LÓPEZ DE ALARCÓN, 1983, 370)<sup>64</sup>. Asimismo, de acuerdo con el principio de igualdad de los hijos, la misma relevancia que se da a los intereses de los hijos comunes, ha de darse a los intereses de los no comunes, y propios del titular de la vivienda a la hora de determinar la atribución a su progenitor, por mantenerse respecto de ellos las mismas obligaciones derivadas de la procreación (MARTÍN MELENDEZ, 2005, 85)<sup>65</sup>, y ello pese a que, algún ordenamiento como el catalán considera que, solo se refiere a los hijos comunes de los cónyuges y no a los que solo lo sean de uno de los cónyuges (art. 233-20.2 del CC) (PÉREZ MARTÍN, 2011, 512)<sup>66</sup>.

En este contexto, como antes hemos indicado, el interés primariamente protegido por el artículo 96.1 del Código Civil no es el de cualquiera de los cónyuges o convivientes, ni tampoco el de aquel cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos, sino el interés de los propios hijos, a los que se les debe garantizar una sede física en la que puedan desarrollar su vida tras la crisis matrimonial o de pareja. Así, el Tribunal Supremo señala que el interés que se protege no es el de la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja<sup>67</sup>. De forma que, cabe plantearse, pues el artículo 96.1 del Código Civil no distingue, si tal interés el de los hijos menores de edad o cabe entender extensiva la previsión legal a los hijos mayores de tal manera que su interés también se tenga en cuenta a la hora de atribución del uso de la vivienda familiar. Lo cierto es que, en el momento actual cada vez es más

frecuente que, al alcanzar la mayoría de edad los hijos continúen formándose y por tanto carezcan de independencia económica y deban continuar residiendo en el domicilio familiar, pero por otro lado, y precisamente, por su mayoría de edad pueden decidir convivir con el progenitor con el que hasta ahora no lo hacían, porque no tenía atribuida la guarda y custodia; de modo que, cabría plantearse si este progenitor podrá fundar en esta convivencia su reclamación para que se le atribuya el uso de la vivienda en un procedimiento de modificación de medidas, aplicando el artículo 96.1 del Código Civil. Al respecto hay dos posiciones doctrinales: 1. La mayoritaria, que es la que considera que en la redacción del citado artículo 96.1 se hace referencia también a los hijos mayores, pues, únicamente se exige que los hijos convivan con el cónyuge, de forma que, el requisito de la convivencia es el que opera como determinante, con independencia de cualquier otro; además, se entiende que la vivienda forma parte de los alimentos (arts. 142 y siguientes del CC); de ahí que es consecuencia obligada que la nulidad, separación o divorcio no exime a los padres de sus obligaciones con los hijos (art. 92 del CC), siendo precisamente una de ellas los alimentos (art. 154 del CC), comprensiva de la habitación (art. 142 del CC), por lo que tal obligación no cesa automáticamente cuando el hijo alcance la mayoría de edad, sino que se extiende por el periodo necesario para que aquellos puedan independizarse económicamente. Se añade que tal forma de proceder resulta, también de una interpretación armónica de los párrafos primero y tercero del artículo 96, pues, en aquél se habla solo de «hijos» no de «hijos menores» y, en este, igualmente, de «inexistencia de hijos» no de «inexistencia de hijos menores» —por lo que no distingue entre hijos menores y mayores de edad—, como de una interpretación analógica del artículo 93.2 del Código Civil. Asimismo, se alude a los antecedentes parlamentarios de la norma, pues se rechazaron enmiendas que pretendían limitar la protección del artículo 96.1 a los hijos menores; y, por último, se indica que cuando el Código Civil ha querido proteger solo a los hijos menores lo ha dicho expresamente, y no es este el supuesto (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 1986, 193; DÍAZ MARTÍNEZ 2013, 1004)<sup>68</sup>. 2. Frente a esta tendencia, se sitúa la que se puede calificar de minoritaria y entiende que el artículo 96.1 solo se refiere a los hijos menores en base a los siguientes argumentos (MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 175-191; TAMAYO CARMONA, 2003, 100-103; ROCA TRÍAS, 2011, 525)<sup>69</sup>: a) El Código Civil se refiere solo a los hijos menores porque considera que su interés justifica la privación al otro cónyuge del uso de la vivienda familiar, por razón de la especial vinculación que el menor tiene con el lugar en el que desarrolla su vida, es lo que se denomina la «teoría psicológica del apego», que considera que, conviene tras la ruptura mantener en lo posible a aquel en entorno doméstico, afectivo, social, escolar, etc., que conoce; de modo que, el interés del hijo menor en la vivienda es verdaderamente un interés superior al que hay que proteger, garantizando la continuidad de los menores en el ambiente en que han crecido y se han educado, y consideran que estas premisas no concurren cuando el hijo es mayor de edad, puesto que, por su madurez, se encuentra en mejores condiciones para hacer frente a las crisis familiares; b) Además, los hijos mayores de edad ostentan, en su caso, un derecho de alimentos que conforme el artículo 142 del Código Civil comprenderá «*lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, y asistencia médica...*» y además «*la educación, e instrucción... cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*», frente a la amplitud de los deberes frente a los hijos menores: «*velar por ellos, alimentarlos y procurarles una formación integral, actuando siempre en su beneficio*» (art. 154 del CC) y el deber de evitarles perturbaciones dañosas, perjuicios, o peligros

(art. 158 del CC), incluso si han sido privados de la patria potestad, pues el padre y la madre, también en estos casos, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos (art. 110); y nada similar se encuentra en relación con los hijos mayores de edad; *c)* Además los propios artículos derivados del derecho de alimentos impiden fundar en ellos el artículo 96.1 del Código Civil porque conforme el artículo 149.1, la forma normal de cumplir con el deber de alimentos es, a través de una pensión pecuniaria y el mantenimiento del alimentista en la propia casa dependen de la voluntad del alimentante; y este mantenimiento que satisface el interés del hijo mayor de edad necesitado de alimento, puede llegar a suponer la salida del alimentante que ni de lejos se podría permitir; *d)* Los artículos 90 y siguientes del Código Civil no prevén ninguna medida en relación con los hijos mayores de edad, y tras la adición de un segundo párrafo al artículo 93 por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en los procesos matrimoniales solo cabe una pensión alimenticia a su favor. Además en el primer párrafo de dicho precepto se alude a «hijos» y es obvio que solo se refiere a hijos menores, ya que en el segundo párrafo, al regular los supuestos en que existan hijos mayores, se especifica tal circunstancia; *e)* El distinto tratamiento constitucional que unos y otros merecen, así el artículo 39.3 del Código Civil establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante la minoría de edad, frente a la asistencia que «legalmente proceda» que se contempla en el referido precepto cuando los hijos son mayores de edad; *f)* De considerar incluidos a los hijos mayores de edad, se daría un trato de favor a estos en situaciones de crisis matrimoniales frente a los hijos mayores de edad en situaciones de normalidad matrimonial, pues, estos últimos no pueden imponer a sus progenitores tenerlos en la vivienda familiar, ni mucho menos obligando a uno de los titulares a abandonarla; y *g)* Si se entendiera que los hijos del artículo 96.1 son también los mayores con derecho de alimentos, al decidir con quién desea convivir, implicarían que los cambios de opinión al respecto del hijo, implicaría la necesidad de acudir a sucesivos juicio de modificación de medidas.

Sobre tales bases, parece que el artículo 96.1 alude al interés de los hijos menores, al presumirse como interés más necesitado de protección. Sin embargo, respecto de los hijos mayores de edad habrá de probarse su necesidad. Por lo que el criterio de la convivencia con uno de los cónyuges del hijo mayor de edad, no debe ser lo determinante, pues, se dejaría en sus manos la decisión del uso de la vivienda, sino que además se ha de demostrar esa situación de necesidad o dependencia económica que, junto con otras circunstancias concurrentes, determinen que es un interés necesitado de protección. De manera que la atribución del uso de la vivienda al cónyuge con el que convivan puede suponer, además, el pago de la pensión alimenticia (MONTERO AROCA, 2002, 95)<sup>70</sup>. No parece que exista ningún obstáculo en los mayores de edad que convivan en el domicilio familiar cuando carezcan de independencia económica, y, por supuesto, a los mayores de edad incapacitados<sup>71</sup>; y si tal interés necesitado de protección se prueba y se valora con el del otro progenitor y demás circunstancias del caso, evitándose con ello el automatismo de la medida, su protección operaría más por la vía del párrafo 3 del artículo 96 del Código Civil (RUBIO TORRANO, 2011, 13)<sup>72</sup>. En todo caso, aunque el hijo mayor de edad puede elegir libremente con qué progenitor desea convivir, en ningún momento le da derecho a pretender que su elección determine qué progenitor será el beneficiario del derecho de uso de la vivienda familiar, ya que el cambio de convivencia no supone ninguna alteración en el uso de la vivienda<sup>73</sup>. Por otra parte, no hay que olvidar que es posible que el convenio regulador excluya la atribución del uso en el momento en que los hijos

alcancen la mayoría de edad, o se fije una determinada edad de los mismos para la vigencia de la medida; y asimismo, que el reconocimiento del derecho de uso de la vivienda conyugal en proceso matrimonial no obsta para la realización de la posible acción de división y la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales<sup>74</sup>.

En este contexto se ha planteado la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que se corre de «expropiar» al propietario, sin que exista defensa para este<sup>75</sup>. Lo cierto es que el artículo 96 del Código Civil no establece la temporalidad del uso sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando se trata de inexistencia de hijos (menores) y se atribuye la vivienda al cónyuge no titular. Si bien, tal ausencia de mención en el párrafo primero del citado artículo 96, no permite pensar que el derecho de uso es indefinido, sino más bien que, no es precisa la fijación de un plazo de duración por el juez o por los cónyuges en el convenio regulador. En todo caso, la duración del derecho de uso está en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido de fundamento. Asimismo, este derecho de uso no se extingue al llegar los hijos a la mayoría de edad al poder subsistir el deber de alimentos, siendo la vivienda una de las partidas cubiertas por el mismo (art. 142 del CC). Ello plantea la cuestión de si es posible limitar la duración del uso a un plazo determinado, o a la mayoría de edad de los hijos o a cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de abril de 2011<sup>76</sup>, considerando que cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Así señala que «el artículo 96 del Código Civil establece 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. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 del CC); por ello, los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimoniales, o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (art. 233-30.1 del Código Civil catalán). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien». Si bien, no faltan pronunciamientos en el seno de las Audiencias Provinciales a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto —dos, tres, cinco años—<sup>77</sup>, o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos<sup>78</sup>, o alcancen independencia económica<sup>79</sup>, e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>80</sup> o venta de la vivienda familiar. Respecto de los hijos mayores de edad, se suele optar mayoritariamente por su limitación temporal, si bien, se tiene en cuenta entre otros criterios, su dependencia económica, su edad<sup>81</sup>.

Ahora bien, cabe que la vivienda familiar cuyo uso se atribuye a los hijos menores —por ser el interés más necesitado de protección— y al cónyuge en cuya guarda quedan los mismos, puede no ser propiedad de ninguno de los cónyuges, sino que la posesión la ostentan por la cesión gratuita de un tercero que es el titular de la vivienda —los padres de uno de los cónyuges—. Tal cesión exige determinar en cada caso si se trata de un comodato o precario. La falta de regu-

lación de la cuestión en el artículo 96 del Código Civil contrasta con la existente en el Código Civil de Cataluña en su artículo 233-2.2 para el que: «*si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimenticias o compensatorias*». De forma que si los cónyuges son considerados precaristas, puede el propietario reclamar la posesión del inmueble y el derecho de uso será inoponible (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 30 de abril de 2011)<sup>82</sup>. Asimismo, la sentencia judicial que atribuye el uso, no muta el título de posesión del bien atribuido a los cónyuges; por lo que, mediante la adjudicación del uso no se obtiene frente a un tercero una protección posesoria superior al que se deriva de su condición de precaristas. Así, una vez rota la convivencia, quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación del plazo por su titular es la propia de un precarista (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de enero de 2010)<sup>83</sup>.

Ahora bien, si la cesión gratuita del inmueble constituye comodato y el contrato se ha celebrado a favor de uno de los cónyuges, en caso de crisis matrimonial, corresponde determinar si el cónyuge no contratante, al que se atribuye el uso, se subroga en la relación que liga a su consorte con el tercero. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 18 de enero de 2010<sup>84</sup> que, pretende unificar doctrina —pese al voto particular que formularon los Magistrados Xavier O'CALLAGHAN y Antonio SALAS CARCELLER—, en el caso enjuiciado donde la demandante y su hermano son titulares dominicales de una vivienda en la que este estableció el domicilio conyugal al contraer matrimonio con la demandada, viene a considerar a esta precarista, pues entiende que su derecho de ocupación nace de la sentencia de separación y no de la condición de condominio que ostenta su esposo, pues no media ningún contrato que justifique su posesión y la cotitularidad que ostenta su *ex* cónyuge y, en consecuencia, no legitima la posesión del cónyuge usuario.

Por último, y sin ánimos de ser exhaustivos por razones de espacio, señalar que en ausencia de criterios legales de atribución del uso de la vivienda en los supuestos de custodia compartida, cabe la aplicación analógica del artículo 96.2 del Código Civil (LUQUE JIMÉNEZ, 2012, 84; CUENA CASAS, 2011, 393)<sup>85</sup>.

## 2. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO A CADA PROGENITOR SE OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNO DE LOS HIJOS

A pesar de que la tendencia es la de no separar a los hermanos (art. 92.2.5 del CC), el artículo 96.2 prevé la posibilidad de que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida). Si bien, el legislador no establece ningún criterio que permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del juez. El criterio del «interés más necesario de protección» no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso, en cuanto no sirve para resolver el conflicto. Así, se ha estimado como parámetros que, permitan la concesión del uso de la vivienda a un determinado grupo familiar, y

resolver las posibles situación de conflicto que se plantea, entre otros: la situación y las posibilidades económicas del grupo familiar, ya que resulta evidente que el que tenga la situación más precaria, tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda; número de hijos que integran cada uno de los grupos familiares; estado de salud de los progenitores y, en su caso, de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar y, en fin, la edad de los hijos (PÉREZ MARTÍN, 2011, 524)<sup>86</sup>.

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución del uso (RAMS ALBESA, 1987, 115)<sup>87</sup>. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda<sup>88</sup>, o dividirla —si es posible su división material—<sup>89</sup>, o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o de forma alternativa a cada grupo familiar.

### 3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS

Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el párrafo tercero del artículo 96 dispone que «*no habiendo hijos, podrá accordarse 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*». El empleo del verbo «podrá» confiere a la atribución un carácter discrecional y dejándola al arbitrio judicial, supedita esta a que el cónyuge no titular sea el interés más necesitado de protección y, además, así lo aconsejen las circunstancias del caso<sup>90</sup>; de modo que, para la aplicación de esta medida no será suficiente con que concurre ese interés preferente, sino que se requiere algo más —la concurrencia de una serie de circunstancias—, para que, finalmente la atribución del uso prevalezca sobre la titularidad del bien inmueble que recae en el otro cónyuge. El criterio que fija, pues, el artículo 96.3 del Código Civil es más riguroso que el que establece el artículo 103.2 del citado cuerpo legal, que solo remite al juez para su toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda al interés más necesitado de protección, precisamente por el carácter de medidas definitivas a las que se refiere el primero de los preceptos mencionados. En todo caso, el juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debe ser solicitada a instancia de parte, a diferencia de lo que ocurre cuando hay hijos menores de edad, donde el juez necesariamente debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar (MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 293)<sup>91</sup>.

En este contexto, la concreción de lo que representa el principio del interés más necesitado de protección y de las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, corresponde al órgano judicial en una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues, la aplicación del artículo 96.3 tiene carácter excepcional y, por ende, su interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro (MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 287)<sup>92</sup>. Entre las circunstancias a tener en cuenta hay que destacar la situación económica y patrimonial de los cónyuges —sobre todo cuando impiden al cónyuge no titular disponer de medios económicos que le permiten acceder a otra vivienda mediante compra o alquiler—; personas que, aparte de uno de los cónyuges, se verían en su caso, obligados a abandonar la vivienda junto a él. Es una realidad puesta de manifiesto, que permanezcan en

la vivienda familiar hijos mayores sin ingresos propios suficientes para independizarse, y cuya voluntad sea la de convivir con el cónyuge no titular; también las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso, en concreto, la edad, estado de salud, cualificación profesional; asimismo, si en la que constituía la vivienda familiar uno de los cónyuges desarrolla una profesión; posibilidades de uno y otro de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc. (LUQUE JIMÉNEZ, 2012, 87-93)<sup>93</sup>. Sobre tales bases, es patente que en la valoración de los intereses en juego no operamos sobre parámetros objetivos, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que influyan en el tribunal a la hora de decidir la atribución del uso.

Ahora bien, es posible que el juez, después de valorar todas las circunstancias del caso, llegue a la conclusión de que no existe un interés más necesitado de protección, por lo que el uso deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. La titularidad cede solo cuando se pruebe que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hacen aconsejable que sea el beneficiario del uso. Por tanto, el criterio del interés más necesitado de protección en palabras de MARTÍN MELÉNDEZ (2005, 288), «sigue siendo también el criterio principal en estos supuestos, estando el de la titularidad realmente subordinado a este»<sup>94</sup>.

Por otra parte, la atribución del uso de la vivienda, cuando no existen hijos, no supone una duplicación o ampliación del derecho compensatorio del artículo 97 del Código Civil, sino que tiene como finalidad conceder al cónyuge no titular un tiempo determinado para que pueda acceder a una vivienda; de ahí, el carácter temporal de la medida «por el tiempo que prudencialmente se fije»<sup>95</sup>. Como señala, PÉREZ MARTÍN (2011, 533) en el artículo 96.3 «subyace una prolongación del deber de socorro mutuo entre los cónyuges que en los supuestos de divorcio va más allá incluso de la disolución del vínculo matrimonial»<sup>96</sup>. De no optarse por la temporalidad de la medida, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular supondría una suerte de expropiación forzosa (ROCA TRÍAS, 1984, 69)<sup>97</sup>. En todo caso, es preciso que se fije un plazo determinado, sin perjuicio de poder prorrogarse, si las circunstancias lo aconsejan<sup>98</sup>, extremo admitido expresamente en el artículo 233-20.5 del Código Civil catalán.

Aunque el artículo 96.3 se refiere a la vivienda familiar de titularidad privativa de uno de los cónyuges, también esta norma resulta aplicable cuando ambos cónyuges son titulares de la vivienda, bien tenga esta carácter ganancial o común, o pertenezca en *pro indiviso* a ambos cónyuges, pues, al que se le otorga el uso —por ser el interés más necesitado de protección— no es titular de la totalidad del inmueble. De forma que, puede atribuirse el uso de la vivienda ganancial o en copropiedad a uno de los cónyuges, sin perjuicio del establecimiento de un límite temporal para ello<sup>99</sup>, y sin que ello condicione o predetermine el resultado de las operaciones particionales inherentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, que podrá determinar la adjudicación del patrimonio conyugal a cualquiera de los cónyuges, ni, asimismo, la acción de división de la cosa común que corresponde a cualquier comunero (art. 400 del CC)<sup>100</sup>. También resulta posible que no proceda la atribución del uso de la vivienda familiar que ostentan en común o *pro indiviso* a ninguno de los cónyuges, por no existir hijos menores de edad ni circunstancias que acrediten que alguno está más necesitado de protección, pues, ambos disponen de medios de vida independientes<sup>101</sup>; resultando que, en tales casos, se puede proceder a la venta de la vivienda familiar, o a su adjudicación a uno de ellos tras la correspondiente liquidación, o en fin, a falta de acuerdo, al ejercicio de la correspondiente acción de división. O, asimismo,

puede optarse por conceder un uso conjunto a ambos cónyuges, cuando los datos fácticos a enjuiciar revelen que tal solución es la más aconsejable. Es un supuesto, sin duda, que exigirá el acuerdo de las partes, y que puede suponer un uso alternativo<sup>102</sup> o rotativo<sup>103</sup>, o un uso compartido por plantas<sup>104</sup> o por turnos<sup>105</sup>.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- CUENA CASAS, M. (2011): «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, *Los regímenes económicos-matrimoniales*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, págs. 275-418.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013): «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Commentarios al Código Civil*, T. I, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 1000 a 1006.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995): *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, Aranzadi.
- ESPIAU ESPIAU, S. (1992): *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, Bosch.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> DEL C. (2012): *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005): *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (art. 96, P. 1, 2 y 3 CC), Navarra, Thomson Civitas.
- MONTERO AROCA, J. (2002): *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 96 del CC)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. (2011): «La vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia, T. Procedimiento Contencioso*, vol. I, *Aspectos sustantivos*, Valladolid, Lex Nova, págs. 501-554.
- ROCA TRÍAS, E. (1984): «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en VV.AA.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos.
- RUBIO TORRANO, E. (2011): «El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, págs. 11 a 13.
- SLAZART BORT, S. (2001): *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de septiembre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013.

- RDGRN de 5 de junio de 2008.
- SAP de Zamora, Sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de enero de 2003.
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2007.
- SAP de Cáceres, Sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de abril de 2011.
- SAP de Madrid, Sección 12.<sup>a</sup>, de 29 de marzo de 2010.
- SAP de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 2012.
- SAP de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 2.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2012.
- SAP de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2013.

## NOTAS

<sup>1</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995), *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona, Aranzadi, págs. 46 y 194.

<sup>2</sup> SERRANO ALONSO, E. (1986), «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Universidad de Navarra, págs. 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M. (1997), *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid, McGrawHill, págs. 39-40; GARCÍA CANTERO, G. (1986), «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Universidad de Navarra, págs. 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B. (1988), «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, septiembre-octubre, págs. 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E. (1999), *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, págs. 11-12.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994/1030), la considera como «un bien familiar, no patrimonial al servicio del grupo o del ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; en igual sentido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 23 de abril de 1998 (AC 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/25749), y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003/277780). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 21 de febrero de 1996 (AC 1996/263); de la misma Audiencia y Sección, de 8 de septiembre de 1997 (AC 1997/1914); de nuevo de la misma Audiencia y Sección, de 23 de abril de 1998 (AC 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917), y de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de enero de 2003 (*JUR* 2003/67263), se contempla la vivienda familiar como un bien adscrito, no a uno de los componentes de la familia, sino como un bien al servicio del conjunto familiar.

<sup>3</sup> HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J. (1991), «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, T. II, Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, pág. 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011), «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinador por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.<sup>a</sup> ed, Madrid, Colex, pág. 204, entiende por vivienda habitual «el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar».

<sup>4</sup> *RJ* 1996/9020. Para la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, de 30 de diciembre de 1995 (AC 1995/2306) el concepto jurídico de vivienda familiar viene

definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2007 (SP/SENT/143737) señala que «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que, a su vez, constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida máspreciados por el ser humano, cual es su intimidad personal y familiar».

<sup>5</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (1986), «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Universidad de Navarra, pág. 28.

<sup>6</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 187.

<sup>7</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> DEL C. (1984), «Comentario al artículo 70 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.<sup>º</sup>, Madrid, Tecnos, pág. 349.

<sup>8</sup> ESPIAU ESPIAU, S. (1992), *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, pág. 37. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de enero de 1995 (AC 1995/165); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537), entienden la vivienda familiar como «la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión común de ambos cónyuges o por designio de la autoridad judicial».

<sup>9</sup> ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 21; GIMÉNEZ DUART, T. (1981), «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, pág. 88; SANTOS BRIZ, J. (1986), «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y del ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Pamplona, Universidad de Navarra, pág. 211, quien precisa que «es difícil concebir que la vivienda de una familia no sea el domicilio de la misma, es decir, el lugar de su residencia habitual para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles (art. 40 del CC). Puede considerarse también como equivalente a «vivienda», el concepto de «hogar»; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 199; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. (1988), *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, Madrid, Civitas, pág. 299. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (La Ley 72585/2012); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de enero de 1992 (AC 1992/36); y de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de abril de 2011 (JUR 2011/185632).

El artículo 231-3 del Código Civil catalán dispone que «los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquél donde los cónyuges, o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente».

<sup>10</sup> GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 71-72. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.<sup>a</sup>, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/359).

<sup>11</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> DEL C., «Comentario al artículo 70 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 349; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 197.

<sup>12</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 195. Para las sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 1940 (RJ 1940/1019); de 26 de mayo de 1944 (RJ 1944/799); de 18 de septiembre de 1947 (RJ 1947/1049); de 25 de septiembre de 1954 (RJ 1954/2348); y de 21 de abril de 1972 (RJ 1972/1859); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.<sup>a</sup>, de 22 de enero de 2000

(AC 2000/383), la residencia habitual supone como elemento fundamental «no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanente en un lugar».

<sup>13</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 214. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de noviembre de 1993 (AC 1993/2235).

<sup>14</sup> HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588.

<sup>15</sup> GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 73-74; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987), «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 581, año LXIII, julio-agosto, pág. 1606; HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 588-589; LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2010), *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid, Dykinson, pág. 129; COSTAS RODAL, L. (2009), «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, pág. 1566, para quien, sin embargo, quedan incluidas las viviendas con pequeña industria doméstica; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Colex, pág. 204; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007), *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, 11.<sup>a</sup> ed., Madrid, Edisofer, pág. 149; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C. (1997), «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, vol. I, pág. 80. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050), que dispone que la vivienda familiar no alcanza a la vivienda de recreo.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1982), «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 553, noviembre-diciembre, pág. 1606, señala que «el requisito de la habitualidad es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. No hay fijado un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda para estimarla habitual. Tan habitual será la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente».

Sin embargo, ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C. (1997), «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, vol. I, pág. 82, señala que la atribución del carácter habitual a una vivienda en el sentido del artículo 1320, viene dado por la concurrencia de dos requisitos: «uno subjetivo, cual es que en ella tenga su asiento y cobijo la familia, es decir, un ente necesariamente pluriindividual; otro temporal, puesto que solo será verdaderamente habitual una casa cuando se habite durante un plazo de tiempo razonablemente estable». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.<sup>a</sup>, de 9 de febrero 1998 (AC 1998/359), dispone que, no pierde el carácter de vivienda familiar por haber permanecido cerrada y actualmente arrendada.

<sup>17</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1436.

<sup>18</sup> TAMAYO CARMONA, J. A. (2003), *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Navarra, Thomson-Aranzadi, pág. 34. En este sentido, ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A. (1986), «Constitución y vivienda familiar», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Universidad de Navarra, págs. 46-47, quien, desde la perspectiva constitucional, la vivienda familiar admite dos tratamientos diferentes: como bien físico o material y como objeto inmaterial o ideológico. En cuanto bien material da pie al examen en sus fundamentos o presupuestos a regulaciones jurídicas muy variadas desde la urbanística, a los regímenes de producción de vivienda (iniciativa privada, protección oficial, promoción pública, etc.), pasando por los sistemas de adquisición (créditos a la vivienda) y uso (derechos del usuario, calidad de vida y medio ambiente). Y, en cuanto objeto ideológico o bien inmaterial se inserta en el ejercicio de determinados derechos como la intimidad, la inviolabilidad de domicilio.

<sup>19</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007), *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, 11.<sup>a</sup> ed., Madrid, Edisofer, pág. 149. La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2004 (*JUR* 2004/256367), señala que la cochera no forma parte de la vivienda como anejo inseparable.

<sup>20</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de enero de 1994 (AC 1994/156) concede el uso del trastero al marido porque tiene en él ubicado su taller de carpintería; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 17 de enero de 2005 (*JUR* 2005/64353), atribuye el uso de la vivienda a la esposa y el garaje al marido.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/317478), niega que el garaje forme parte de la vivienda familiar, cuando se trata de fincas registrales distintas.

<sup>21</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 216-217; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 32; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 81.

<sup>22</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 213; HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987), «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, núm. 581, julio-agosto, pág. 1436; ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> DEL P. (1996), *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, Aranzadi, pág. 423; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204.

<sup>23</sup> La Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, contempla expresamente esta posibilidad en sus artículos 7.1 —modificado por la Ley 41/2013, de 4 de junio—, y 27.2.f).

<sup>24</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1438, considera que, dado que la ley no prohíbe, nada impide que haya más de dos viviendas; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, pág. 140; HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589; de la misma autora (1984), «Algunas consideraciones en torno a la protección de la vivienda familiar», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor don José Beltrán de Heredia y Onís*, Salamanca, pág. 303, señala que ha de reconducirse la cuestión a lo que las partes han decidido; LUCINI CASALES, A. (1990), «La vivienda en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 596 al 601, año LXVI, pág. 92, quien admite su posible existencia, aunque entiende que la determinación final depende del arbitrio judicial; ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (1987), «La aplicación del artículo 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual», en *Actualidad Civil*, vol. 1, pág. 1362; COSTA RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1566. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050).

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1982), «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 553, noviembre-diciembre, pág. 1607; CUENA CASAS, M. (2011), «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, directores: Mariano YZquierdo Tolsada y Matilde CUENA CASAS, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, pág. 287; ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> DEL P., «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 429; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149; MURCIA QUINTANA, E. (2002), *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del CC)*, Madrid, Civitas, págs. 55-56, precisa que esa segunda vivienda no adquiere el *status* de vivienda familiar en el sentido del artículo 1320 del Código Civil. Asimismo, esa segunda vivienda cumplirá o cubrirá ciertas cargas familiares y, en este sentido, podrá decirse que es una vivienda de la familia, pero salvo que por los cónyuges se determine que sea vivienda familiar, no alcanzará dicha categoría, ya que no debemos olvidar que los requisitos para poder hablar de la vivienda familiar, desde la perspectiva del citado artículo 1320, tienen su origen y razón de ser en ambos cónyuges, no en uno solo, ni en los hijos habidos en el matrimonio.

<sup>26</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2005), *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 2.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid, Dykinson, pág. 102.

<sup>27</sup> CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 1609. Para MANZANO FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> DEL M. (1999), *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, pág. 166, es «un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble (arts. 2 de la LH y 7 del RH)».

<sup>28</sup> MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del CC)», *op. cit.*, pág. 251. Asimismo, MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005), «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», en *Actualidad Civil*, núm. 19, primera quincena de noviembre, pág. 2336, señala que, «el que este derecho sea un derecho personal se ve corroborado por la exigencia de consentimiento del no titular o, en su defecto, de autorización judicial, para que el titular pueda realizar actos de disposición sobre la vivienda, según dispone el artículo 96.4 del Código Civil».

<sup>29</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986), «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, vol. 1, pág. 1333.

<sup>30</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 515-516. En el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> D. (2005), *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pág. 43, que, si bien, señala es un derecho más cercano a los derechos reales que a los personales, no procede afirmar su carácter de derecho real pleno, ya que, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario que exige el artículo 96 del Código Civil. Así, pues, concluye que, también presenta rasgos de derecho personal, por lo que su naturaleza híbrida o de categoría intermedia es irrefutable.

<sup>31</sup> SALAZAR BORT, S. (2001), *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, págs. 136-139.

<sup>32</sup> DIEZ-PICAZO, L. (1961), «La situación jurídica del matrimonio separado», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, pág. 897, afirma que estamos ante «una situación jurídica original»; SERRANO GÓMEZ, E. (1999), *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, págs. 23-24 y 30, ante «un derecho real limitado peculiar».

<sup>33</sup> *RJ* 1992/10136. En la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7722), de forma más contundente considera que, es un derecho real familiar de eficacia total; y de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004/2713), el derecho de uso de la vivienda familiar esponible frente a terceros. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5815); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.<sup>a</sup>, de 5 de mayo de 2000 (*JUR* 200/210394); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.<sup>a</sup>, de 4 de diciembre de 2001 (*AC* 2002/297); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, de 2 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142698); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2006 (*AC* 2006/671).

<sup>34</sup> *RJ* 1999/7680. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, de 2 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142698).

<sup>35</sup> *RJ* 1994/2945. Vid., también las sentencias Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994/10330); y la Sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2009 (*RJ* 2010/1274); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 7 de junio de 1994 (*AC* 1994/1027).

<sup>36</sup> *RJ* 2004/1234.

<sup>37</sup> Vid., en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.<sup>a</sup>, de 23 de enero de 1997 (*AC* 1997/197).

<sup>38</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de junio de 1993 (*AC* 1993/1901); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 1996 (*AC* 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/186909).

<sup>39</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de diciembre de 1994 (*AC* 1994/2304); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 1996 (*AC* 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2000 (*JUR* 2001/19256).

<sup>40</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994/10330); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.<sup>a</sup>, de 29 de marzo de 2010 (*AC* 2010/1211).

<sup>41</sup> *RJ* 2004/2376. En el mismo sentido, las Resoluciones de la DGRN, de 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008/3155); de 27 de agosto de 2008 (*RJ* 2008/8285); de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/634); y de 18 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010/1667).

<sup>42</sup> *RJ* 2010/2323. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2010 (La Ley 171465/2010).

<sup>43</sup> Vid., por todos, DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006), «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, año LXXXII, noviembre-diciembre, pág. 2372; y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10136); y de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004/2713); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/2535). Por su parte, el artículo 233-22 del Código Civil catalán posibilita la inscripción del derecho de uso en el Registro del Propiedad, o, si se ha atribuido como medida provisional, su anotación preventivamente en tal Registro.

<sup>44</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004/2713).

<sup>45</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 7 de marzo de 1994 (*AC* 1994/521), donde se precisa que la atribución del uso no supone restricción alguna al poder de disposición; y de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2010 (*JUR* 2010/210815), la protección que proporciona al usuario es de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes*.

<sup>46</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.<sup>a</sup>, de 20 de enero de 1998 (*AC* 1998/3185); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.<sup>a</sup>, de 8 febrero de 2002 (*JUR* 2002/124758).

<sup>47</sup> DÍEZ PICAZO, L. (1984), «El principio de protección integral de los hijos (*tout pour l'enfant*)», en VV.AA., *La tutela de los derechos del menor*. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, Junta de Andalucía, págs. 129-130.

<sup>48</sup> En esta línea, LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> DEL C. (2012), *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, pág. 58.

<sup>49</sup> Señalan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 7 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5108); y de 1 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3139), la protección del interés del menor opera con independencia de que los padres estén o no casados.

<sup>50</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 13 de marzo de 1995 (*AC* 1995/758); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 (*AC* 1997/2439); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.<sup>a</sup>, de 27 de febrero de 1998 (*AC* 1998/326); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.<sup>a</sup>, de 29 de junio de 1998 (*JUR* 1998/89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>, de 23 de julio de 1999 (*AC* 1999/1964); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 15 de junio de 2006 (*AC* 2007/508); de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.<sup>a</sup>, de 18 enero de 2007 (*JUR* 2007/143036); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, de 5 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/146097); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/156079); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 2011 (*JUR* 2001/280515); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 2012 (*JUR* 2013/54589); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2012 (*JUR* 2012/281166); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013/47001); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2013 (*JUR* 2014/5669).

<sup>51</sup> Vid., la Resolución de la DGRN, de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/634).

<sup>52</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005), *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 del CC), Navarra, Thomson Civitas, págs. 143-146. Por su parte, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989), *Derecho de Familia*, Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, pág. 518 que, la finalidad tutitiva de la patria potestad implica el deber de velar, en el sentido de que «el padre tiene que prever y proveer» con especial cuidado de todo lo concerniente a «la persona y los intereses más personalísimos del hijo» y a su «vida social».

<sup>53</sup> LETE DEL RIO, J. M. (1994), «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentario al Título IV, del Libro I del Código Civil*, obra coordinada por José Luis LACRUZ BERDEJO, Madrid, Civitas, págs. 1150-1151; MONTERO AROCA, J. (2002), *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 96 del CC)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 62; ESPÍAU ESPÍAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, pág. 208; BENAVENTE MOREDA, P. (1988), «Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio del cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma», en *Anuario de Derecho Civil*, págs. 891-893; si bien, TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia», *op. cit.*, pág. 104, aun siendo partidario de la aplicación automática del artículo 96.1 del Código Civil, si existen hijos menores, matiza que «solo cuando el interés de los hijos pase por continuar en la vivienda, la atribución es incontestable», lo que supone que para evitar la atribución en función de los hijos cabría, no probar que, el cónyuge no custodio tiene mayor interés que ellos en la vivienda, sino que es contrario al interés de los hijos continuar en la misma. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011/7387); las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de febrero de 1992 (*AC* 1992/335); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, de 3 de abril de 2003 (*JUR* 2003/188382); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.<sup>a</sup>, de 29 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/60488); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/120406); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.<sup>a</sup>, de 25 de julio de 2011 (*AC* 2011/2113).

<sup>54</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 484-486; SALAZAR BORT, S., «La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *op. cit.*, págs. 90-92 y 147-149; BAENA RUIZ, E. (1992), «La vivienda familiar», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, págs. 31-32; MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, págs. 150-152; LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> DEL C., «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *op. cit.*, págs. 78-81; UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011), «Comentario a la sentencia de 14 de abril de 2011», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, septiembre/diciembre, pág. 1826; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013), «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. I, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 1004. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 5 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012/10135) al cónyuge no custodio —titular exclusivo de la vivienda— al tener el menor y el cónyuge custodio cubiertas de manera adecuada y digna las necesidades de alojamiento, al disponer de otra vivienda; las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2000 (*JUR* 2000/286767); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.<sup>a</sup>, de 1 de julio de 2003 (*JUR* 2004/24306).

<sup>55</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.<sup>a</sup>, de 22 de enero de 2010 (*JUR* 2010/105155).

<sup>56</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28 de junio de 2000 (*AC* 2000/1677).

<sup>57</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 12 de enero de 2005 (*JUR* 2005/64786).

<sup>58</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/1796); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 23 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010/398247).

<sup>59</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 24 marzo de 2000 (*JUR* 2000/183050).

<sup>60</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.<sup>a</sup>, de 24 de febrero de 2000 (*JUR* 2000/109735); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.<sup>a</sup>, de 23 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/280768).

<sup>61</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.<sup>a</sup>, de 30 de abril de 2003 (*AC* 2003/502); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.<sup>a</sup>, de 1 de julio de 2003 (*JUR* 2004/24306).

<sup>62</sup> Vid., MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, págs. 239-242; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 337; RAMS ALBESA, J. (2000), «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa MORENO FLÓREZ, T. II, vol. 1.<sup>o</sup>, Barcelona, Bosch, pág. 1018. Asimismo, vid., las Resoluciones de la DGRN de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167); y de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/634).

<sup>63</sup> MONTERO AROCA, J., «El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, págs. 96-97; GARCÍA CANTERO, F., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 410; GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1984), «Notas sobre la protección civil del menor en las crisis conyugales», en *La tutela de los Derechos del menor*. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS. Córdoba, Junta de Andalucía, págs. 174 y 190; COBACHO GÓMEZ, J. A. (1984), «El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos», en *La tutela de los Derechos del Menor*. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS. Córdoba, Junta de Andalucía, pág. 90.

<sup>64</sup> LÓPEZ DE ALARCÓN, M. (1983), *El nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, separación y divorcio*, Madrid, pág. 370. Por su parte, MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, pág. 235, precisa que no puede admitirse que los hijos sean exclusivos titulares, por dos razones: «a) Porque la propia letra del precepto excluye tal posibilidad al decir que “corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, a no ser que se entendiera, que se atribuye la titularidad solo a los hijos, y que la mención al cónyuge simplemente se hace por beneficiarse estos, en la práctica, de tal atribución al tener que convivir con aquellos; b) Porque cree que el fundamento de la atribución en el artículo 96.1 del Código Civil no está en el derecho de alimentos de los hijos, sino en el propio matrimonio de los esposos, que originó en cada uno de ellos la expectativa de residir en la vivienda familiar, siendo los hijos y su interés, únicamente el criterio de atribución del uso de la misma».

<sup>65</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, pág. 85; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 384.

<sup>66</sup> Igualmente, considera que lo determinante es la existencia de hijos comunes, PÉREZ MARTÍN, A. J. (2011), «La vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, T. I, *Procedimiento contencioso*, vol. I, *Aspectos sustantivos*, Valladolid, Lex Nova, pág. 512. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 1 de septiembre de 2010, al señalar que «el artículo 96 del Código Civil se refiere a hijos comunes y se da el caso de que la hija es fruto de una anterior relación de la esposa, por lo que no es un elemento a tener en cuenta para decidir la atribución del uso de la vivienda familiar».

<sup>67</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3139).

<sup>68</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986), «La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Universidad de Navarra, pág. 193; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1004; ROCA TRIÁS, E. (1984), «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, pág. 588; LUCINI CASALES, A., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *op. cit.*, págs. 115-116; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 479 y 480; SÁNCHEZ-CALERO ARIBAS, B. (2006), «Atribución del uso de la vivienda», en *Actualidad Civil*, vol. 3, pág. 350; ABAD ARENAS, E. (2009), «Atribución del uso

de la vivienda cuando existen hijos. Alusión a los hijos mayores de edad convivientes», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 98, año 10, febrero, pág. 25; CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> D. (2005), *La atribución del uso de la vivienda no familiar al cónyuge no titular*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pág. 40; SERRANO GÓMEZ, E., «La vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *op. cit.*, pág. 22. Vid., Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>, de 19 enero de 2012 (*RJ* 2012/4208); las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de abril de 2000 (*AC* 2000/1933); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 10 de junio de 2003 (*JUR* 2003/190102); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 20 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/271593); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, de 7 de febrero de 2013 (*JUR* 2013/97607); y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.<sup>a</sup>, de 1 de octubre de 2013 (*JUR* 2013/356307).

<sup>69</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, págs. 175-191; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia», *op. cit.*, págs. 100-103; ROCA TRIÁS, E. (2011), «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I, Navarra, Civitas Thomson Reuters, pág. 525, aunque señala que también puede ser que se acuerde el uso por tiempo posterior; GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Notas sobre la protección civil del menor en las crisis conyugales», *op. cit.*, pág. 199; COBACHO GÓMEZ, J. A., «El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos», *op. cit.*, pág. 90; GONZÁLEZ POVEDA, P. (1995), «Vivienda familiar. Criterios para la atribución de su uso en los procesos matrimoniales», en VV.AA., *Problemas candentes en los procesos de familia*, Madrid, Dykinson, pág. 174. Esta postura ha tenido refrendo en el Alto Tribunal. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011/5677), del Pleno, distingue los dos párrafos del artículo 96 del Código Civil en relación con la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad. Dice que en el primer párrafo se atribuye el uso de la vivienda a los hijos «como concreción del principio *favor filii*», pero cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas. Así se dice «como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96 del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 del Código Civil no depara la misma protección a los mayores. Como segundo argumento contrario a extender la protección que depara el artículo 96.1 del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar, y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien, incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para la habitación, o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor de edad 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 142 y siguientes del Código Civil (...). En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda

familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o hijos mayores y por tanto, única y exclusivamente a tenor del párrafo 1.<sup>o</sup>, sino del párrafo 3 del artículo 96 del Código Civil». Aplicando la anterior doctrina con posterioridad, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 30 de marzo de 2012 (*RJ* 2012/4584), que declara que las hijas del matrimonio que son mayores de edad, no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto de la vivienda que fue el domicilio familiar.

<sup>70</sup> MONTERO AROCA, J., «El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, pág. 95.

<sup>71</sup> Vid., en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de mayo de 2012 (*RJ* 2012/6547).

<sup>72</sup> RUBIO TORRANO, E. (2011), «El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, pág. 13; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 385-386. Vid., los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de enero de 2012 (*RJ* 2012/42089), y de 26 de abril de 2012 (*RJ* 2012/6363); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22.<sup>a</sup>, de 11 de febrero de 1999 (*AC* 1999/31); de la misma Audiencia, Sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de abril de 2000 (*AC* 2000/1933); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 22 de mayo de 2013 (*JUR* 2013/231274).

<sup>73</sup> En este sentido, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de noviembre de 2013 (LA LEY 179525/2013), tras establecer como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar, en caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.<sup>o</sup> del artículo 96 del Código Civil, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Señala que la aplicación de esta doctrina en el caso de autos lleva al Tribunal a estimar el recurso de casación, pues, «la decisión del hijo mayor de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, como venía haciéndolo hasta ese momento, una vez acreditado que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección, no solo porque ya estaba en casa, sino porque carece de sentido que quien salió de la misma vuelva para ocuparla en un tiempo tasado, y que quien estaba salga por la decisión del hijo de trasladarse a vivir con su padre, cuando no está enfrentado a su madre con la que de hecho ha venido conviviendo hasta que decidió residir en la vivienda de su padre».

<sup>74</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/89); y de 12 de junio de 2012 (*JUR* 2012/294222).

<sup>75</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (*RJ* 2011/3021); y de 5 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012/10135).

<sup>76</sup> *RJ* 2011/3590. Asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal, de 21 de junio de 2011 (*RJ* 2011/236085); de 30 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011/7387); de 26 de abril de 2012 (*RJ* 2012/6102); de 21 de mayo de 2012 (*RJ* 2012/6532); de 13 de julio de 2012 (*RJ* 2012/8358); de 17 de octubre de 2013 (*RJ* 2013/7255); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012/11367); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 25 de julio de 2012 (*JUR* 2012/357810).

<sup>77</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2013 (*RJ* 2013/4375), uso por el hijo y la esposa durante tres años; las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 5 de julio de 2008 (*JUR* 2000/294402), dos años desde que el hijo menor vive de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.<sup>a</sup>, de 28 de junio de 2010 (*JUR* 2011/8053), límite temporal máximo de cuatro años; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/293241), a dos años.

<sup>78</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.<sup>a</sup>, de 29 de marzo de 2010 (*AC* 2919/1211), cuando el hijo del matrimonio cumpla veinticinco años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2013 (*JUR* 2013/123011), hasta que el hijo alcance los veintiún años.

<sup>79</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2011 (*AC* 2011/1052).

<sup>80</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013/7447); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/304001); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2012 (*JUR* 2012/374587); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de marzo de 2013 (*RJ* 2013/175721).

<sup>81</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1.<sup>a</sup>, de 20 de octubre de 2009 (*JUR* 2010/28500); y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2013 (*JUR* 2013/168992).

<sup>82</sup> *RJ* 2011/3724.

<sup>83</sup> *RJ* 2010/2323. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6839); y de 15 de marzo de 2013 (*RJ* 2013/2174).

<sup>84</sup> *RJ* 2010/1274. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2013 (*RJ* 2013/2174), dispone al respecto que: «(...) En definitiva, mantener a los hijos en la vivienda de sus abuelos supone consagrar una situación de precario que les ha permitido convivir durante la tramitación del procedimiento (...). La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante. Ello perjudicaría a los menores cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda». Además, puede hacer efectivo el uso en la vivienda de la que dispone el matrimonio —propiedad del esposo— y que constituyó el domicilio conyugal.

<sup>85</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> DEL C., «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *op. cit.*, pág. 84; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 393. En cuanto a los criterios que han de tenerse en cuenta para adoptar el régimen de guarda y custodia compartida de los hijos, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 29 de abril de 2013 (LA LEY 37196/2013).

<sup>86</sup> PÉREZ MARTÍN, A. J., «La vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 524. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, de 12 de febrero de 2002, teniendo en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, y que la esposa posee otra vivienda, se atribuye el uso de la vivienda al padre y al hijo que convive con aquél; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.<sup>a</sup>, de 25 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/1796); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2010, la esposa se fue a vivir con su madre, con la que reside junto con sus hijos desde un principio, y con la que sigue viviendo, al tener cubiertas sus necesidades de vivienda, se estima aconsejable otorgarle al padre y al hijo con el que convive el uso de la vivienda familiar.

<sup>87</sup> RAMS ALBESA, J. (1987), *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, Tecnos, pág. 115; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 386.

<sup>88</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, de 30 de septiembre de 2010.

<sup>89</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 21 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/152332).

<sup>90</sup> En cuanto a las parejas de hecho, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1272), que el artículo 96 ni es directamente aplicable, ni implica la aplicación analógica de la norma, sino que lo que se aplica es el principio general consistente en la protección del conviviente perjudicado. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal, de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/7148), rechaza la aplicación analógica —analogía legis— por la falta de identidad entre el matrimonio y la unión estable.

<sup>91</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, pág. 293.

<sup>92</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, pág. 287; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 398.

<sup>93</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> DEL C., «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *op. cit.*, págs. 87-93; MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, págs. 295-296; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 399-400; PÉREZ MARTÍN, A. J., «La vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 535-536. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.<sup>a</sup>, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/294912); y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.<sup>a</sup>, de 11 de septiembre de 2013 (*AC* 2013/1776).

<sup>94</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, pág. 288. Por otra parte, añade la autora, que «el hecho de que el titular sea mantenido en el uso de la vivienda, se desprende que tendrá cubiertas sus necesidades de alojamiento, lo que deberá influir, en su caso, en la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos o pensión compensatoria que pueda estar obligada a pagarle el otro esposo» (pág. 368).

<sup>95</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/2472), plazo máximo de dos años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 1999 (*AC* 1999/1782), hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 1 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/1478), fija un periodo de diez años; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.<sup>a</sup>, de 21 de abril de 2008 (*AC* 2008/1393), durante el plazo de dos años; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 2013 (*JUR* 2013/231883), hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.<sup>a</sup>, de 25 de julio de 2013 (*JUR* 2013/349453), por un plazo de cinco años; por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2003 (*JUR* 2005/73179), que opta por una atribución por tiempo definido.

<sup>96</sup> PÉREZ MARTÍN, A. J., «La vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 533.

<sup>97</sup> ROCA TRIÁS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 609.

<sup>98</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/8048); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 27 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120430).

<sup>99</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7722); las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 1999 (*AC* 1999/1397), limitación temporal a dos años y posterior asignación por un año de forma alternativa a ambos esposos; de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 1999 (*AC* 1999/1782), limitación temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.<sup>a</sup>, de 21 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/21807); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.<sup>a</sup>, de 16 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/74405), vivienda de cotitularidad de los cónyuges, limitación temporal al plazo de dos años; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de julio de 2005 (*JUR* 2005/218910); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.<sup>a</sup>, de 29 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/13094) por tres años; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/1133), hasta un año; de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.<sup>a</sup>, de 11 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/288395), siempre de manera temporal se podrá atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular; de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.<sup>a</sup>, de 26 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/47219), hasta el plazo máximo de un año; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, de 13 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012/320850), hasta un máximo de dos años; y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.<sup>a</sup>, de 30 de enero de 2013 (*JUR* 2013/111158), limitación temporal de ocho años.

<sup>100</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/231952).

<sup>101</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 1998 (*AC* 1998/156); y de 24 de abril de 1998 (*AC* 1998/4461), se encuentran ambos cónyuges en situación económica similar.

<sup>102</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012/10432), alternativamente por periodo de un año; las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 2.<sup>a</sup>, de 20 de junio de 1997 (*AC* 1997/2599); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2.<sup>a</sup>, de 13 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/138069); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, de 25 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/166116), durante años alternos, hijos mayores con total independencia económica que conviven con la madre por razón de mera comodidad o conveniencia; de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.<sup>a</sup>, de 23 de septiembre de 2013 (*JUR* 2014/46026), uso alternativo de la vivienda por períodos de dos años; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 11 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/134434), por períodos anuales hasta la liquidación del patrimonio común; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.<sup>a</sup>, de 10 de junio de 2010 (*JUR* 2010/391202), uso alternativo por períodos iguales; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.<sup>a</sup>, de 7 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/23707), alternativamente por períodos de seis meses; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013/34927), uso alternativo, sucesivo por períodos anuales; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, de 5 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014/4724).

<sup>103</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/146882), uso durante seis meses al año cada uno.

<sup>104</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 9 de febrero de 1994 (*AC* 1994/339).

<sup>105</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección única, de 13 de febrero de 2001 (*AC* 2001/348); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.<sup>a</sup>, de 14 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/275344).