

Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar*

por

CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ
*Catedrática acreditada de Derecho Civil.
Universidad Complutense*

SUMARIO

- I. GENERALIDADES.
- II. EL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL.
- III. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS POR FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES: LA VIVIENDA FAMILIAR.
- IV. LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL: LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.
- V. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA CUSTODIA COMPARTIDA.
- VI. LA VIVIENDA FAMILIAR: POSICIÓN DEL CÓNYUGE.
- VII. A MODO DE REFLEXIÓN.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER. 2011-22469 del Ministerio de Ciencia e Innovación sobre «Negocio Jurídico de Familia: La autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema»; y forma parte de las actividades del Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 931083, dirigido por el profesor doctor RAMS ALBESA.

I. GENERALIDADES

Por vivienda familiar se ha de entender «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar»¹. La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1994 (1999/1994) en su Fundamento de Derecho segundo se refiere a ella como: «[...] bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario [...]». Y no debe ser considerada como vivienda familiar cualquier espacio físico, en este sentido han de excluirse aquellos sitios que no puedan servir de residencia a las personas que integran el grupo familiar, así como tampoco lo que hoy se conoce como segunda residencia.

La vivienda es un bien que se caracteriza por satisfacer una necesidad básica de la persona proporcionada a las circunstancias de la misma. Es el artículo 47 de la Constitución Española² el que se ocupa de la vivienda, precepto que se encuentra ubicado en la sección «De los principios rectores de la política social y económica». Por lo tanto, la vivienda debe gozar de un estatuto jurídico especial constituido por numerosas normas repartidas en distintos sectores de nuestro Ordenamiento jurídico, aunque ello no implica que todas las personas tengan garantizada una vivienda, como *de facto* así sucede.

En el ámbito del Derecho Civil «cuando al bien “vivienda” se le une el adjetivo calificativo “familiar”, se le aplican una serie de disposiciones que pueden llegar a contradecir principios tradicionalmente asentados para ciertos negocios (compraventa, arrendamiento, hipoteca), o, en un sentido más amplio, instituciones (matrimonio, sociedad de gananciales...). En cuanto al Código Civil se refiere, las reformas de 13 de mayo de 1981 y de 7 de julio del mismo año, introdujeron determinados preceptos dedicados específicamente a la vivienda familiar; unos aplicables a las situaciones de normalidad de todo matrimonio, con independencia de su régimen económico (art. 1320 del CC), otros sólo a los sometidos al régimen de sociedad de gananciales (arts. 1357 párrafo 2.º, y 1406.4 del CC) y, por último, otros referidos a la situación de crisis matrimonial [arts. 90.B) 3, 91, 96, 103, 104 del CC]⁴».

¹ HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 588.

² Regula el artículo 47 de la CE: «Todos los españoles tienen derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...».

³ A partir de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, este apartado pasa a ser C), debido a que hubo de reordenarse las letras afectadas de los apartados por la adición de la B).

⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2, del Código Civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, págs. 17 y 18.

Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis matrimonial: separación, divorcio y nulidad. Así la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad y divorcio introducen en el mismo preceptos relativos a la vivienda familiar «que no son sino la incidencia en este ámbito de la vieja preocupación por solucionar el derecho a la vivienda en general y, en particular, por adaptar la regulación del mismo a las necesidades e interés del individuo en su grupo familiar. La regulación del Código Civil sobre la vivienda familiar se sitúa en el ámbito interno de la relación familiar, desde el que han de considerarse no sólo el juego de necesidades e intereses entre la familia y los terceros, sino también —y sobre todo— desde donde habrá de determinarse cómo puede armonizarse la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a todos y cada uno de los miembros del grupo familiar, con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda⁵». En la misma línea señala RAMS⁶ que «la preocupación de la mayoría de los poderes legislativos del mundo desarrollado por la vivienda familiar viene siendo una constante en el presente siglo, dando lugar a una serie interminable de leyes que, directa e inmediatamente o, por lo general mediatamente se ocupan de la cuestión». Ello es debido a que la función primordial de la vivienda familiar es cubrir el alojamiento de la familia.

La primera ley que de forma expresa se refirió a la vivienda común fue la de 24 de abril de 1958, que modificó ciertos artículos del Código Civil. Y en el antiguo artículo 68 regulaba las medidas que había de adoptar el juez, una vez admitidas las demandas de nulidad o de separación durante el desarrollo del proceso matrimonial, cuyo número 2 preceptuaba: «Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés general más urgentemente necesitado de protección...». Apunta SANCHO⁷ que «tras la reforma de 1975 la norma sigue refiriéndose a vivienda “común”, lo que puede ser equívoco en los términos de previa separación —como medida provisionalísima o de hecho— al entender que, en ellos, la situación debe continuar inmutada y el juez no puede alterarla tomando la

⁵ HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 587.

⁶ RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, 1991, pág. 99.

⁷ SANCHO REBULLIDA, F., «Comentario al artículo 68 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. II, *Artículos 42 al 107 del Código Civil*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Editorial Edersa, Madrid, 1978. pág. 180.

determinación a que la norma se refiere. No debe entenderse así y el peligro se hubiese evitado hablando de vivienda “conyugal”».

Por el contrario, los artículos 90 C)⁸ y 96 del Código Civil, introducidos por la Ley 30/1981, de 7 de julio, se refieren a la vivienda familiar, en vez de común, pero no a vivienda conyugal, como pedía un sector de la doctrina. En opinión de LETE DEL RÍO⁹, hubiera sido conveniente que el legislador de 1981 hubiese optado por el adjetivo conyugal, «pues en los casos en que no hay hijos en el matrimonio es posible hablar de hogar, pero no de familia. Buena prueba de la oportunidad de esta matización es que el artículo, ha prescindido de la idea de *interés familiar* como criterio orientador de la determinación judicial». Si bien es cierto lo que destaca este autor, también se puede aducir que si se hubiera señalado vivienda conyugal en los distintos preceptos, podría entenderse que ésta se circunscribe exclusivamente a la ocupada por los esposos, y en la mayoría de los supuestos no es así, ya que es la vivienda que comparten los cónyuges junto con sus hijos, y en algunos casos, también, con los hijos de uno solo de los esposos. Parece claro que no se pueden dictar normas para cada potencial supuesto de hecho, ni configurar una situación de hecho inamovible, sino orientadoras de un criterio que debe presidir la decisión negocial de los cónyuges o, de no ser posible, por el arbitrio del juez.

II. EL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El artículo 1320 del Código Civil¹⁰, cuyo contenido se reguló por vez primera en la Ley 11/1981, establece en su párrafo primero que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso autorización judicial, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los esposos. Se solicita, por tanto, una actuación conjunta de ambos esposos o, en su defecto, autorización judicial. Esta norma se encuentra en el capítulo de las disposiciones generales del régimen económico matrimonial,

⁸ La redacción de este apartado conforme a la Ley 30/1981 correspondía a la letra B), que pasó a ser C) tras la Ley 42/2003, sin modificarse su redacción, y establece: «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: C) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar».

⁹ LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 96», en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, dirigidos por J. L. LACRUZ BERDEJO, Editorial Civitas, Madrid, 1982, págs. 741 y 742.

¹⁰ Reza el citado precepto: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

o régimen primario, aplicándose con independencia del régimen económico patrimonial que rija constante matrimonio.

Conviene reseñar, qué se entiende por vivienda habitual. En principio, la interpretación que se podría dar al término de vivienda habitual de la familia sería «ante la dificultad de comprobar, un *animus perpetuo commorandi*, que la doctrina exige para la calificación de la expresión (que utiliza el art. 40 CC como determinante del domicilio), “residencia habitual”, parece más adecuado mantener que el sentido de la misma viene dado por el hecho de que se trate de la residencia “normal y de presumible continuación”¹¹». Esto es, la casa donde habita la familia, o en defecto de ésta los esposos.

El legislador, en este precepto, otorga una protección a la vivienda familiar durante el matrimonio, con independencia de quién sea el cónyuge titular del derecho sobre dicho bien. Y la jurisprudencia así lo ha considerado en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994 (1999/1994), en cuyo Fundamento de Derecho segundo establece: «[...] Protección que se hace patente en los supuestos de régimen normal de la familia fundamentalmente a través del artículo 1320 del Código Civil de aplicación general, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio y conforme al cual “para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso, autorización judicial”. El citado artículo habla de “disponer de los derechos sobre la vivienda”, por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda».

Como señala DE LOS MOZOS¹² este precepto «funciona como un límite establecido a la libertad de disposición del cónyuge titular sobre los derechos de la vivienda habitual, y de los muebles que son de uso ordinario de la familia, y que protege inmediatamente al otro cónyuge, de la arbitrariedad o mala voluntad de su consorte, y mediatamente, a la familia o al propio consorcio conyugal, pues, exige el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial, para que sea *válida* la enajenación de tales bienes o derechos». Posición similar mantiene SERRANO GÓMEZ¹³ al reseñar que: «Se trata, además, de una norma

¹¹ HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 589.

¹² DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 1.º, dirigidos por M. ALBALADEJO, Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 126.

¹³ SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Colección Jurisprudencia Práctica, Editorial Tecnos, 1999, págs. 15 y 16.

inspirada en el deber de colaboración que tienen entre sí los cónyuges, evitando de esta forma posibles abusos de uno de los cónyuges que pueda perjudicar gravemente al otro. En principio podríamos pensar que la exigencia del doble consentimiento supone una restricción del derecho de propiedad, sobre todo en los casos en que uno sólo de los cónyuges es titular de la vivienda. Lo que ocurre, en realidad, es que el legislador ha considerado prioritario la protección del interés familiar. Por ello este interés predominante sobre cualquier interés privativo de un cónyuge, requiriéndose dicho doble consentimiento cualquiera que sea el régimen económico matrimonial o cualquiera que sea el titular del inmueble y el derecho en virtud del cual se posea».

El artículo 1320 hace referencia, únicamente, a los actos de disposición, deduciéndose, por tanto, que los actos de administración y gestión corresponden al titular del derecho sobre la vivienda. En este sentido opina HERRERO¹⁴ que «solo es aplicable a los actos que supriman o disminuyan las posibilidades de ocupación de la vivienda por el grupo familiar, pues dado el carácter limitativo de la norma, exige una interpretación restrictiva». Para DE LOS MOZOS¹⁵ de «lo que se trata, no es una limitación de la facultad de disponer, sin más, sino únicamente en función de la conservación de la vivienda habitual. Lo que realmente impide el artículo 1320 es la disposición *unilateral* de los “derechos” que uno de los cónyuges tenga sobre tales bienes, cualquiera que fuere la naturaleza de aquellos (propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.), en modo en que su “uso” se sustraiga a la familia o a la sociedad conyugal, de forma definitiva o completa, o que pueda ponerlo en peligro, por ejemplo, no entraría dentro de la aplicación del supuesto, la enajenación de la vivienda para adquirir, en forma simultánea, otra más capaz, mejor situada, o más *conveniente*, desde cualquier punto de vista».

Sin embargo, la norma guarda silencio sobre los actos de disposición *mortis causa* de su titular, y en opinión de SERRANO ALONSO¹⁶, «la protección perseguida por el legislador puede fácilmente ser vulnerada mediante actos de disposición testamentaria. Si el artículo 1320 lo que trata de conseguir es que por actos de uno de los cónyuges —concretamente del titular del derecho sobre la vivienda— no se ponga en peligro el uso y disfrute de aquella por el otro cónyuge no titular y por el resto de la familia hay que convenir que tales actos pueden provenir tanto de negocios *inter vivos*, como *mortis causa*, y sin

¹⁴ HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 590.

¹⁵ DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 1.º, dirigidos por M. ALBALADEJO, Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 129.

¹⁶ SERRANO ALONSO, E., «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*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1986, pág. 93.

embargo, la ley sólo se ha preocupado de evitar las consecuencias del primer tipo de actos [...] Para el legislador el concepto de vivienda familiar subsiste en tanto ambos esposos vivan, desapareciendo a partir del momento del fallecimiento de uno de ellos; resultado que no parece lógico, pues la familia y su configuración no se extingue por la desaparición de uno de sus integrantes. Nos encontramos ante una laguna legal que considero debe ser suplida judicialmente con principios de equidad y generales del derecho».

Estoy de acuerdo en que el artículo 1320 del Código Civil se refiere exclusivamente a actos *inter vivos*, y como se ha señalado dentro de estos a los de disposición, haciendo caso omiso de los *mortis causa*, pero también se ha dicho que esta norma tiene un carácter restrictivo. Ya que si la limitación que se impone al titular de la vivienda se aplicara, también, a los actos para después de su muerte, la consecuencia sería que el propietario de la vivienda, que se ha usado como domicilio familiar, no podría disponer de ésta en su testamento, a pesar de ser un bien comprendido en su herencia. Lo que daría lugar a que si fuera el único bien o por lo menos el de más valor económico, el causante careciera *de facto* de patrimonio sobre el que disponer. Bien es cierto, y puede suceder, que al fallecer el cónyuge propietario de la vivienda familiar, el supérstite quede en una situación de desprotección en relación a la que gozaba constante matrimonio, en cuanto a la vivienda que hasta ese momento ha constituido el domicilio conyugal. La solución podría estar en que dicha vivienda la heredara el cónyuge viudo, bien a título de propietario o como titular de otro derecho (usufructo, uso, habitación). Pero esto no es así en muchas ocasiones, ya que la cuota del cónyuge supérstite es exigua en el Código Civil, y además en usufructo, aunque cabe que se le atribuya la vivienda si el causante ha constituido un usufructo universal a favor del cónyuge viudo, cada vez más usado en la práctica, o herede la parte de libre disposición, y en ella sea posible incluir la vivienda habitual.

Como puede observarse hubo una tendencia inicial a interpretar extensivamente este precepto, cuestión más que discutible, puesto que se trata de una limitación de un derecho subjetivo que no tiene carácter familiar, aunque sí consecuencias familiares. Por lo que son estas consecuencias las que se deben tener en consideración a la hora de acordar la anulabilidad que preconiza el texto.

III. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES: LA VIVIENDA FAMILIAR

El artículo 1406 del Código Civil, ubicado en la Sección 5.^a¹⁷ cuya rúbrica es: «De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales», se introdujo en nuestro Código, por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en un intento de acercamiento a los Derechos forales y siguiendo las pautas de otros Derechos de países de nuestro entorno jurídico como Bélgica, Francia e Italia, sin que hubiera antecedente alguno en nuestro Derecho Civil común.

Este precepto señala determinados bienes gananciales, sobre los que los cónyuges tendrán derecho a que se incluyan con preferencia en su mitad de gananciales en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Atribuciones preferentes, que en opinión de RAMS¹⁸: «se configuran, en su aspecto formal y material, como contenido de un derecho *excepcional* frente a la regla de igualdad absoluta entre los cónyuges en la división de la masa común o ganancial». Además, «se trata de un derecho potestativo, concretamente de una opción legal, cuyo ejercicio depende de la voluntad exclusiva de su titular y que se materializa con la notificación fehaciente de la decisión al otro cónyuge en cualquier momento del proceso liquidatorio¹⁹». No obstante, considero que no hay ningún inconveniente para que los cónyuges puedan pactar la extensión de esta facultad a otros bienes, a pesar de no estar señalados en la norma.

Los bienes a los que hace referencia el artículo 1406 del Código Civil son: los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346²⁰, la explotación económica que gestione el cónyuge, el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión y la vivienda donde tuviese la residencia habitual. Como

¹⁷ Sección 5.^a del Capítulo IV, Título III del Libro IV del Código Civil. Señala dicho precepto: «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance:

1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346.

2.º La explotación económica que gestione efectivamente.

3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.

4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la vivienda habitual».

¹⁸ RAMS ALBESA, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568 y 569, pág. 764.

¹⁹ GARCÍA URBANO, J. M.^a, «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 797.

²⁰ Precepto, el 1346, que señala los bienes privativos de cada uno de los cónyuges, y el número 7 se refiere a «Las ropas y objeto de carácter personal que no sean de extraordinario valor». Cuyo antecedente en nuestro Código Civil puede encontrarse en el antiguo artículo 1420, aunque con matices distintos, que regulaba: «No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregaran al que de ellos sobreviviera».

señala DE LOS MOZOS²¹: «Aquí existe, además, una vinculación previa y un estado posesorio o cuasi posesorio (sabido es que el límite entre *usus* y *posse-sio* es bien escaso en Derecho moderno) respecto de unos determinados bienes comunes en relación de uno de los cónyuges, y que parece justo o equitativo que ahora se transforme o concrete en un derecho de atribución preferente, en el pago del haber común, aunque, según los casos, por razones singulares diversas, que van desde la *affectio* hasta la consideración de que esa relación preexistente con tales bienes ha sido fuente de producción de bienes gananciales. Por ello, estos derechos de atribución preferente ni pueden confundirse con un derecho de predetracción, ni derivarse de modo genérico de los derechos de la personalidad, por más que los de esta naturaleza tengan aspectos y consecuencias patrimoniales, sino de una relación anterior, respecto de los bienes de que se trate, de índole diversa y específica, en cada uno de los casos [...]».

En concreto, nos interesa el número 4.º del artículo 1406 que regula: «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 4.º En caso de muerte del cónyuge la vivienda donde tuviese la residencia habitual».

Es este apartado el único de la disposición que se refiere de forma específica a que el cónyuge pueda optar con preferencia a un determinado bien, la vivienda habitual, siempre que ésta tenga naturaleza ganancial, si la causa de la disolución de la sociedad de gananciales es la muerte del otro cónyuge. Atribución que, a mi entender, sólo tiene lugar en este supuesto, y que entra en juego siempre que los cónyuges no hayan previsto nada respecto a la vivienda familiar en capitulaciones matrimoniales o en un acuerdo fuera de aquellas. Y cuyo fin es que el cónyuge viudo pueda optar a que la vivienda que ha sido y, podrá continuar siendo domicilio familiar, se incluya en su mitad de gananciales al disolver y liquidar la sociedad, con preferencia a que se asigne en la parte que corresponda a los herederos del cónyuge muerto, una vez pagadas las deudas, si es que las hubiera.

En los demás apartados regulados en el artículo 1406, esa atribución preferente para que se incluyan determinados bienes en el haber de uno de los esposos al disolverse y liquidarse la sociedad de gananciales, puede tener lugar en cualesquiera de los supuestos en que ésta concluya bien de pleno derecho o por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, y ello como consecuencia de la propia naturaleza de los bienes, ya que son de uso personal, o aquellos en los que uno de los cónyuges ha llevado a cabo su trabajo o profesión.

Que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a que se incluya con preferencia en su haber la vivienda habitual únicamente en caso de fallecimiento del otro

²¹ DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.º, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Editorial Edersa, Madrid, 1999, págs. 646 y 647.

esposo, se debe a que si la sociedad de gananciales se disuelve por otra de las causas reguladas en los artículos 1392 y 1393 del Código Civil, la solución con respecto a la vivienda familiar será totalmente diferente. Bien, porque si ha sido consecuencia de una situación de crisis matrimonial como la separación o el divorcio, o porque se haya declarado la nulidad del matrimonio habrá de tenerse en cuenta lo que hayan pactado los cónyuges en el convenio regulador, o las medidas que el juez dicte en la sentencia judicial. Y en el resto de los casos de disolución del régimen de gananciales o, en su inmensa mayoría, se atribuirá a uno u otro según acuerden los esposos que seguirán viviendo juntos, y lo harán, probablemente, en la vivienda donde hubiesen tenido su residencia habitual, con independencia de a quien se le haya atribuido la titularidad de la misma.

Posición contraria defiende GARCÍA URBANO²², que señala: «Los cuatro apartados se aplicarán dependiendo de la causa de disolución de la sociedad: los tres primeros en todos los casos (excepto en el de fallecimiento del único cónyuge beneficiario) y el cuarto en todos los casos de los artículos 1392 y 1393. Es inexacto reducir el número 4.º a los supuestos de disolución por muerte de uno de los cónyuges, ya que lo decisivo no es que la sociedad de gananciales concluya por el fallecimiento de una parte, sino que éste se haya producido antes del reparto del remanente ganancial».

Al hacer referencia este precepto a la vivienda habitual, hay que entender la casa donde esté fijado el domicilio conyugal, criterio del que discrepa RAMS²³ al decir que «no solo ésta sea susceptible de hacer nacer el derecho, pues éste puede recaer también sobre aquella otra que reúna los requisitos esenciales para ser vivienda familiar y sirva a la finalidad propia de la norma, valorada más por significación familiar que por su evidente e innegable contenido personalista, cuando estos dos elementos coincidan sobre otra vivienda-habitación distinta de la que podríamos denominar domicilio conyugal común». Más recientemente el mismo autor²⁴, en la misma línea, opina que: «Por “vivienda habitual” habrá de entenderse la casa-habitación en la que el supérstite tenía y tiene fijado su domicilio permanente u ordinario, y ésta será el objeto del derecho de atribución preferente.

Ello supone que el derecho de atribución no llega a nacer para aquellas viviendas que se conocen con la denominación usual de “segunda vivienda”, aunque en ellas habitase la familia una buena parte del tiempo.

²² GARCÍA URBANO, J. M.ª, «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 798.

²³ RAMS ALBESA, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568 y 569, pág. 82.

²⁴ RAMS ALBESA, J. J., *La sociedad de gananciales*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, págs. 666 y 667.

Este planteamiento restrictivo resulta, para muchos casos, insuficiente y poco racional. El reconocimiento de una opción adicional permitiría que el cónyuge viudo pueda reorganizar su vida futura conforme a las perspectivas económicas, laborales y familiares que se derivan, más o menos directamente del estado de viudez. Debería poder optar, en mi opinión, por la vivienda más reducida, por la situada más cerca de su trabajo, por la que el clima es más favorable a su salud, etcétera, sin que la presencia de tal opción tenga que dañar los intereses y aspiraciones del cónyuge en mayor grado en que lo que puede hacer el reconocimiento del derecho de atribución limitado a un concreto objeto, más bien creo que ello puede servir para una mejor armonización de los distintos intereses en juego». Por mi parte, soy de la opinión de que si hay acuerdo entre el cónyuge sobreviviente y los herederos, podrá el primero optar por otra residencia, si ésta cumple mejor sus expectativas o necesidades, pero ya sobre la base de un pacto entre las partes, y no por imperativo legal.

Aunque esto ha sido siempre así, a tenor del principio de la autonomía privada regulado en el artículo 1255 del Código Civil.

La finalidad o pretensión de esta disposición, no es otra que otorgar una mayor protección al viudo, y únicamente a éste, no a sus hijos menores, aunque estos continuarían en la vivienda si el cónyuge supérstite optara por ella, debido a que están bajo su patria potestad. Y uno de los deberes y facultades, a tenor del artículo 154.1.º del Código Civil es: «Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». Como, también, seguirían viviendo en la misma si les ha correspondido en la herencia de su progenitor fallecido. Esta previsión, entiendo que hay que hacerla extensiva al supuesto de la declaración de fallecimiento de uno de los esposos, ya que firme la declaración de fallecimiento del ausente se presume que éste ha muerto y, además, ésta es una de las causas de disolución del matrimonio, y consiguientemente de conclusión de pleno derecho de la sociedad de gananciales, conforme al artículo 1392, número 1.º del Código Civil.

En este sentido matiza DE LOS MOZOS²⁵ que: «Este derecho de atribución preferente, aparte de ser una regla que se halla basada en la *officium pietatis*, pues entra en juego únicamente en caso de muerte del otro cónyuge, es por lo demás, una prolongación de la protección dispensada, por regla de régimen primario, a la vivienda habitual de los cónyuges». Y RAMS²⁶ señala que: «Para el sobreviviente, el derecho de atribución que se le otorga sobre la vivienda no está en absoluto desligado de sus deberes familiares y de sus funciones como

²⁵ DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.º, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Editorial Edersa, Madrid, 1999, pág. 655.

²⁶ RAMS ALBESA, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568 y 569, pág. 820.

pater familiae, si tiene hijos menores a su cuidado. El que la norma aquí no preste atención a estas situaciones, en la misma medida en que se diseña la atribución del uso de la vivienda en los casos de separación y divorcio, no quiere decir, en modo alguno, que tales intereses no se encuentren presentes y con igual protección cuando tales circunstancias concurren». Pero esta protección a favor del esposo sobreviviente sólo tendrá lugar si la vivienda familiar o habitual tiene la naturaleza de ganancial, porque si ésta es privativa del cónyuge fallecido nada dice el Código respecto a la misma, y correspondería al heredero o herederos que hubiera dispuesto el causante, o a aquellos a los que se les atribuya en su parte de herencia, si estamos ante una sucesión testada; y a los hijos o descendientes, en defecto de estos a los ascendientes, y por último al cónyuge viudo, en la sucesión intestada. Lo que significa que el cónyuge superviviente queda totalmente desprotegido con respecto a la vivienda que ha sido su domicilio conyugal, si este bien es privativo, excepto si el causante se lo ha dejado en herencia y su valor no supera la cuota hereditaria que le corresponda.

Aunque el cónyuge superviviente tiene derecho a que se le incluya con preferencia en su haber la vivienda habitual, siempre que sea ganancial, existe un límite, y es que tenga cabida en su mitad de gananciales, pudiéndose, por tanto, atribuir la totalidad o una parte de la misma, si lo que le corresponde en su mitad de gananciales no cubre todo su valor. Por lo que, el artículo 1406 hay que ponerlo en concordancia con el 1407 del Código Civil que regula: «En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero».

Precepto, el 1407 que concede al cónyuge viudo la opción de poder elegir entre los derechos de propiedad, uso o habitación sobre la vivienda habitual, con el único límite de que si el valor de este bien o derecho supera la parte que le corresponda en su mitad de gananciales deberá abonar la diferencia en dinero. Con ello al «atributivo le permiten prácticamente calibrar y colmar su más importantes necesidades, cualesquiera que sean sus personales circunstancias, pudiendo ejercer la atribución teniendo en cuenta su situación económica personal, su posición en el consorcio, su esperanza de vida y sus proyectos personales y profesionales de futuro²⁷». Esto es muy cierto, pero únicamente en el supuesto de que la vivienda familiar goce de la naturaleza de bien ganancial, puesto que si es privativa, el cónyuge superviviente no tiene ninguna opción sobre la misma, excepto si el causante se lo ha dejado en herencia.

²⁷ RAMS ALBESA, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568 y 569, pág. 1011.

Para RAMS²⁸ es «la primera vez que en el Derecho positivo español se contempla la constitución *ex lege* de este tipo de goce sobre cosa ajena. [...] Entiende que el legislador de la reforma de 1981 tuvo muy presente las históricas diferencias cuantitativas que separan al usufructo del uso y la habitación y las que diferencian, a su vez, a estos dos últimos derechos, ofreciendo una elección mucho más acorde con las necesidades potenciales que requiere un nuevo proyecto de vida en contemplación del estado de viudez²⁹».

Se plantea el mismo autor³⁰ si como hipótesis podría constituirse sobre la vivienda habitual un usufructo, y dice al respecto que «la respuesta debe ser, en todo caso, negativa, pues en tanto que se trata de una atribución preferente, es decir, del reconocimiento de un derecho que fuerza el desequilibrio de posiciones, por excepción a la igualdad que en principio se reconoce a los partícipes de una masa ganancial dividenda, tanto los objetos atribuibles como las formas jurídicas de atribución deben quedar constreñidas dentro de los estrictos ámbitos de actuación que ofrecen los artículos 1406 y 1407 del Código Civil y los deducibles de su interpretación sistemática [...]».

Cuestión distinta es la posibilidad de que, en el instrumento particional y tras la adjudicación de bienes y derechos propiamente dicha, se puedan crear por vía convencional otros derechos reales de goce sobre cosa ajena distintos de los previstos en la norma. Pues en tal caso se trataría de un acto negocial complementario del de la partición, pero distinto e independiente de ella, y, en todo caso, posterior, aunque coetáneo en cuanto a su ejecución material.

En la selección concreta de estos tipos de derecho real y en la exclusión de otros más usuales en la práctica diaria, parece evidente que el legislador midió con exactitud infrecuente en las últimas reformas el haz de facultades que trataba de proporcionar al atributario y los límites a que se le sometía como contrapartida a la posición privilegiada que se le reconoce. Se tuvo en cuenta que el uso y la habitación se adaptan especialmente bien a las finalidades prác-

²⁸ RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 103.

²⁹ Matiza RAMS ALBESA, J. J., que: «Evidentemente no hay caso, si la opción es en pleno dominio, pero si se opta por el *derecho de habitación* es claro que, conforme a la disciplina del artículo 524-2 del Código Civil, la utilización de la vivienda que fue ganancial queda limitada a las piezas que requiera el atributario y la familia que con él conviva en cada momento, es decir, no podrá trasladar a esta vivienda su gabinete, despacho o consultas que tuviera establecidos en otro inmueble o abrirlos *ex novo*; posibilidades éstas que hay que reconocerle plenamente si su elección se inclina por la constitución de un *derecho de uso*, a través del cual puede satisfacer todas las necesidades que resulte capaz de proporcionarle la utilización del inmueble, siempre que esta utilización sea directa, sin intermediación alguna, y conservando su forma, sustancia y destinación económica objetiva». *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 103.

³⁰ RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, págs. 104 y 105.

ticas perseguidas y a los intereses que se consideran dignos de protección con la institucionalización de las atribuciones preferentes».

Prosigue RAMS³¹ que, «dada la creciente práctica entre los matrimonios de Derecho común de concederse los cónyuges recíprocamente por capítulos, o por testamento, un derecho de usufructo viudal sobre los bienes del premuerto en su totalidad o sobre los que corresponderían a su cuota de gananciales, cabe preguntarse si ambas instituciones son compatibles y, por tanto, ejercitables acumulativamente o no [...]».

Tal armonía y su consecuente compatibilidad acumulativa pueden predicarse también respecto de un usufructo viudal convencional de ámbito más amplio y del derecho de uso y habitación sobre los concretos bienes a que se refiere el artículo 1407. Hay que tener en cuenta al respecto que el derecho de uso o de habitación, aunque más limitado en facultades y más personalista que el usufructo, tiene una duración incondicionada por el tiempo de vida del atributario, en tanto que el usufructo viudal está condicionado al mantenimiento por el favorecido de su estado de viudez, por lo que cabe entender que esta diferencia esencial supone que obedezcan ambas instituciones a distinta finalidad, por lo que el favorecido atributario podrá hacer uso pleno de la opción del artículo 1407 con independencia de aceptar el derecho de usufructo para el resto del patrimonio si existe, pues la finalidad del usufructo viudal se orienta al mantenimiento de las rentas que percibía el consorcio matrimonial a favor del cónyuge superviviente en tanto mantenga el estado de viudez, y la del uso o habitación, el disfrute personal de la vivienda en tanto viva, siendo indiferente para su continuidad que permanezca viudo o que contraiga nuevas nupcias. Por ello no cabe sino pronunciarse por la compatibilidad, pues se trata de derechos y finalidades distintos aunque muy próximos y con un mismo origen».

Comparto los argumentos que defiende el citado autor, aunque discrepo de que el «usufructo viudal está condicionado al mantenimiento por el favorecido del estado de viudez», ya que el Código Civil no regula en ningún precepto este tipo de usufructo y por tanto sus causas de extinción. Y tampoco se encuentra esta causa entre las de extinción del derecho de usufructo, reguladas en el artículo 513 del Código Civil³². Únicamente, se extinguiría el usufructo si el cónyuge estipulara en el testamento una condición resolutoria que consistiera en que el esposo sobreviviente no contrajera nuevo matrimonio, lo que es perfectamente válido conforme al artículo 513 número 2 del Código Civil, u otra condición,

³¹ RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, págs. 105 y 106.

³² Preceptúa el artículo 513 del Código Civil: «El usufructo se extingue: 1.º Por muerte del usufructuario. 2.º Por expirar el plazo porque se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. 3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona. 4.º Por la renuncia del usufructuario. 5.º Por la pérdida total de la cosa objeto de usufructo. 6.º Por la resolución del derecho del constituyente. 7.º Por prescripción».

por ejemplo, que mantenga una relación *more uxorio* con otra persona, a pesar de que en este supuesto no se pierde el estatus de viudo, pero que sí han tenido en cuenta la mayoría de los derechos forales que regulan el usufructo viudal³³. Además de que tal condición no va en contra de la ley, y el artículo 101 del Código Civil establece como causa de extinción de la pensión compensatoria el que el cónyuge acreedor pase a vivir maritalmente con otra persona.

Por el contrario, sí que se pierde por estas causas el usufructo de viudedad en el Derecho Foral aragonés, y así lo preceptuaba el artículo 119.c)³⁴ de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico-matrimonial y viudedad, derogada por el Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, cuyo artículo 301 dice: «1. Se extingue el usufructo de viudedad: c) Por nuevo matrimonio o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario». Al igual que en el Fuero Nuevo de Navarra que en la Ley 261, número 3, establece: «El usufructo de fidelidad se extingue: 3. Por contraer el usufructuario nuevas nupcias, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto». También, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, al igual que la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, regula el usufructo del cónyuge viudo antes denominado usufructo voluntario de viudedad³⁵. Cuyo artículo 236 señala: «Además de por las causas generales de extinción del usufructo, el del cónyuge viudo se extingue por: 2.º Contraer

³³ El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears regula el usufructo viudal, en el artículo 68 bajo la denominación de usufructo universal capitular, «que es el convenido en *espolits* para después de la muerte y, facultará al usufructuario para regir y gobernar la casa y todos los bienes, quedando dispensado de formar inventario y prestar fianza. Como consecuencia del mismo, el usufructuario tiene que asumir una serie de obligaciones como prestar alimentos al heredero, a su consorte y a los hijos del cónyuge premuerto y del heredero que viva en la casa, así como consentir las disminuciones necesarias para constituir dote y pagar legítimas. El usufructo será inalienable, sin perjuicio de que, con el consentimiento del nudo propietario, se enajenen bienes determinados, subsistiendo el usufructo sobre el producto de la enajenación que no se destine a prestar alimentos o a pagar deudas o legítimas». Ningún precepto de la Compilación hace referencia a las causas de extinción de dicho usufructo, por lo que habrá que deducir que éste persiste a pesar de que el cónyuge viudo contrajere posteriores nupcias o pasare a tener una relación de pareja estable.

³⁴ Artículo 119 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico-matrimonial y viudedad: «Se extingue el usufructo de viudedad: c) Por nuevo matrimonio o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario».

³⁵ Dispone el artículo 228 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia: «Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia».

Y el artículo 230 de la Ley 2/2006 preceptúa: «1. El usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial o de hecho de los cónyuges».

la persona usufructuaria nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona. Salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto».

Posición opuesta regula la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones, cuyo artículo 442-4 regula el usufructo universal del cónyuge viudo o conviviente, y el apartado 3 se refiere a su extinción: «El usufructo universal se extingue por las causas generales de extinción del derecho de usufructo y no se pierde aunque se contraiga nuevo matrimonio o se pase a convivir con otra persona».

En el Derecho Civil del Código, el cónyuge supérstite no pierde su cuota legitimaria en usufructo aunque contraiga nuevas nupcias. Únicamente está obligado antes de entrar en el goce de los bienes a formar inventario haciendo tasar los bienes muebles y describiendo el estado de los inmuebles y, queda eximido de la obligación de prestar fianza sobre dichos bienes a no ser que contrajere ulterior matrimonio, conforme al artículo 492 del Código Civil en concordancia con el 491. Y en el supuesto de la reserva viudal regulada en el artículo 968 del Código Civil, que nada tiene que ver con la cuota legitimaria viudal, al cónyuge supérstite se le obliga a reservar a los hijos y descendientes del fallecido, la propiedad de todos los bienes que el cónyuge sobreviviente hubiese adquirido de su difunto consorte por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo, pero no su mitad de gananciales. Se desprende de esta norma, que los bienes a los que se refiere son los que recibe en propiedad, no en usufructo, y no los pierde sino que su única obligación es reservarlos para los hijos y descendientes, pero mientras el cónyuge viudo viva, éste los disfruta y mantiene. Obligación que cesa si los hijos mayores de edad renuncian expresamente a dichos bienes.

Como conclusión, y en relación con el artículo 1406, número 4, hay que señalar que se otorga al cónyuge supérstite la potestad de optar a que se incluya en su haber la vivienda habitual de carácter ganancial al liquidar la sociedad de gananciales, cuando ésta se haya disuelto por fallecimiento de su consorte. El fundamento es otorgar una protección al cónyuge viudo, aunque en la inmensa mayoría de los supuestos la vivienda habitual es el bien de mayor valor económico en la sociedad de gananciales y en algunos casos el único bien. Por lo que puede resultar difícil que se le atribuya su totalidad, a pesar de haber sido adquirida por ambos consortes, debido a que su valor supere el de la mitad de gananciales que le corresponde.

En este caso, el artículo 1407 posibilita que si el bien no se le puede adjudicar en propiedad, se pueda constituir un derecho de uso o habitación, solventándose así la protección que se trata de dispensar al cónyuge viudo. Pero esta protección, no es un plus que se le conceda como consecuencia del fallecimiento de su consorte, sino que sólo es una atribución preferente, de carácter potestativo para el cónyuge, con el fin de que se incluya, y por tanto compute la vivienda habitual en su mitad de gananciales.

Y únicamente si la vivienda habitual goza de naturaleza ganancial, ya que si es privativa del cónyuge fallecido, a pesar de que el régimen que rija en el matrimonio sea el de la sociedad de gananciales, la vivienda familiar formará parte de la herencia del causante. Por lo que habrán de aplicarse las normas del Derecho de sucesiones, esto es, las disposiciones que haya otorgado el causante en su testamento o bien las normas *ab intestato* si el causante ha fallecido sin testamento. Y que como sabemos no favorecen al cónyuge supérstite, ya que su cuota hereditaria es de un tercio de la herencia en usufructo. Aunque cabe que el cónyuge causante haya establecido en su testamento una cláusula *socini* a favor del viudo.

IV. LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL: LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

De los supuestos de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se ocupan los preceptos 1392 y 1393 del Código Civil. El 1392 regula aquellos en que dicho régimen económico-matrimonial concluye de pleno derecho y el siguiente artículo recoge los casos de disolución de la sociedad, cuando ésta se extingue por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges.

Los apartados del artículo 1392, de los que nos vamos a ocupar en este trabajo son los tres primeros, ya que afectan directamente a la atribución del uso de la vivienda familiar debido a que cesa la convivencia entre los esposos, como consecuencia de una situación de crisis matrimonial. Estos epígrafes establecen que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, cuando sea declarado nulo y cuando se decrete judicialmente la separación de los cónyuges.

Los supuestos del artículo 1393, a excepción del número 3.º, no conllevan la extinción de la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos, ya que entre ellos no se ha producido ninguna ruptura del vínculo del matrimonio. Aunque, como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, la vivienda familiar, si tuviere la naturaleza de ganancial, se adjudicara a uno de los consortes en su mitad de gananciales, o se atribuirá a ambos en comunidad o pro indiviso, si no es posible incluirlo en el haber de uno ellos porque el valor de la vivienda sea superior a la parte que le corresponda. Así se determina una cuestión de titularidad sin que ésta afecte al uso del citado bien, pues con independencia de quien sea a partir de ese momento el titular de la misma, ambos esposos continuarán viviendo en ella, y seguirá siendo su domicilio conyugal, puesto que persiste el deber y por tanto la obligación de vivir juntos, regulada en los artículos 68 y siguientes del Código Civil.

El número 3.º del artículo 1393 del Código Civil señala que la sociedad de gananciales concluirá por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges.

ges en el supuesto de: «Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar». En este caso se está ante una separación de hecho matrimonial³⁶, que por ser tal no extingue el matrimonio como tampoco la separación judicial, aunque si pone fin al deber de vivir juntos, y por ende la presunción, salvo prueba en contrario, de convivir recogida en el artículo 69 del mismo texto legal. La separación de hecho se diferencia de la separación judicial, en que no hay procedimiento judicial, y consecuentemente sentencia que le ponga fin. Por lo que el juez no atribuye la vivienda a ninguno de los esposos, pues no se requiere su intervención, y serán estos los que acuerden en los pactos de separación a cual de ellos se otorga la vivienda familiar, que podrá atribuirse al cónyuge custodio de los hijos menores, al más necesitado de protección o, estipular algo distinto. Pactos que no han de ser aprobados ni homologados por la autoridad judicial.

Cuando la disolución de la sociedad de gananciales sea consecuencia de una separación judicial, divorcio o nulidad, a tenor del artículo 1392 números 1.º, 2.º y 3.º del Código Civil, el uso de la vivienda familiar corresponderá al cónyuge que se le atribuya en el convenio regulador presentado junto a la demanda si la separación o divorcio se ha decretado a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro; o en la resolución judicial dictada por el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, con independencia de la naturaleza jurídica del bien, ni de quien sea el titular de ésta³⁷.

Del convenio regulador se ocupa el artículo 90 del Código Civil³⁸, precepto que determina el contenido que como mínimo han de pactar los cónyuges, cuando pongan fin a la convivencia matrimonial por mutuo acuerdo o a peti-

³⁶ Vid. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La separación de hecho matrimonial*, Editorial Edersa, Madrid, 1982.

³⁷ Vid. SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi Editorial, 2001.

De suma importancia es el tratamiento que recibe la vivienda familiar con ocasión de la insolvencia familiar, es decir, del endeudamiento contraído por los cónyuges o por uno de ellos, en su condición de consumidores. En estos casos, y aunque no es objeto de este trabajo, señala JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «La vivienda familiar, libre de gravamen hipotecario, que pertenece en propiedad al concursado o al matrimonio, entrará en la masa activa del concurso (submasa ganancial o común o privativa). Nada lo impide, dado que no se trata de un bien inembargable, artículo 606.1.º LEC y queda sujeta a la responsabilidad universal, artículo 1911 del Código Civil. El carácter de vivienda habitual no justifica un eventual derecho de separación por parte del cónyuge del concursado, salvo que se trate de un bien privativo suyo. Si la vivienda habitual es ganancial, el único medio que tiene el cónyuge del concursado de rescatar tal vivienda, es la que le brinda el artículo 78.1 LC». «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Familia y Concurso de Acreedores*, Editorial Civitas Thomson Reuters, 2010, págs. 263 y 264.

³⁸ Tanto el artículo 90 como el artículo 96 del Código Civil se encuentran en el Capítulo IX del Título IV del libro I, cuya rúbrica es: «De los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio».

ción de uno con el consentimiento del otro. Acuerdo que será aprobado por el juez, salvo si es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y, cuyo apartado C) se refiere a «la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar».

El artículo 96, de marcado carácter proteccionista y asistencial, al igual que los anteriores preceptos del Código Civil que han regulado la atribución del uso de la vivienda familiar³⁹. Establece dicho artículo que el juez, en defecto de acuerdo, adoptará en la sentencia judicial las medidas respecto al uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario, que corresponderán a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden⁴⁰; si alguno de los hijos queda en compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo precedente; y no habiendo hijos corresponderá al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije⁴¹. Medidas que, también, ha de dictar el juez, mientras dure el procedimiento judicial, si así se ha acordado en las medidas provisionales previas a la admisión de la demanda y en las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda⁴², conforme a los artículos 102, 103 y 104 del Código Civil.

³⁹ Así, el artículo 68 del Código Civil, cuya redacción fue modificada por la Ley de 24 de abril de 1958, regulaba: «Admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el juez adoptará, durante la sustanciación del proceso, las medidas siguientes: 2.ª Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquella». Precepto que sufrió un cambio como consecuencia de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, pero que no alteró la medida segunda, por lo que su redacción siguió siendo la misma, hasta la entrada en vigor del actual artículo 96 en virtud de la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

⁴⁰ Es sabido, y así lo manifiesta SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., que «la razón que justifica la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge, en estos casos, es precisamente que los hijos han quedado a su cargo; por tanto, desde el momento en que esta circunstancia cesa, dejará de tener sentido la atribución del uso». «Atribución del uso de la vivienda familiar», en *Informe de Jurisprudencia, Actualidad Civil*, núm. 3, febrero de 2006, pág. 350.

⁴¹ En este sentido, la STS de 5 de septiembre de 2011 (624/2011), de la que es ponente el Excmo. Señor J. A. Xiol Ríos, cuyo Fundamento de Derecho quinto considera: «Al tratarse de un recurso por interés casacional, procede al mismo tiempo, de conformidad con el artículo 477.3 LEC, fijar como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

⁴² El artículo 103 del Código Civil reza: «Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de estos las medidas siguientes: 2. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar...». Así como los artículos 771 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Señala el artículo 771.2, párrafo segundo

La atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los aspectos más controvertidos que se presentan en los casos de crisis de matrimonial, ya que en la inmensa mayoría de los casos, cada cónyuge o excónyuge quiere que ésta se le adjudique. Y ello se debe a que es uno de los bienes más preciados, si no el que más en el patrimonio de los esposos, además del perjuicio que supone al esposo que se le priva de su uso. Ya que no sólo tiene que abandonar el domicilio conyugal, sino que desde el punto de vista económico tiene que alquilar o comprar otra vivienda donde establecer su domicilio, o como está ocurriendo, en demasiados casos en los últimos tiempos, volver al hogar paterno.

Debido a ello son muchos los recursos de casación que se presentan ante el Tribunal Supremo, una vez decretado el divorcio o la separación, ya que entre los antiguos esposos en demasiadas ocasiones no hay conformidad con la medida de la atribución del uso de la vivienda familiar adoptada por el juez en instancias judiciales inferiores. Sobre todo cuando al dictar sentencia, y conforme a lo preceptuado en el artículo 96, designa la misma al cónyuge no titular, por considerar que es el más necesitado de protección. Por lo que la jurisprudencia en esta materia es muy abundante, y muchas veces contradictoria en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

El artículo 96 párrafo primero del Código estipula que el uso de la vivienda familiar se atribuirá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, matiza GARCÍA CANTERO⁴³, opinión que me parece muy acertada, que no puede entenderse «en el sentido de que, en cualquier hipótesis, hay derecho a usar la vivienda del otro cónyuge aunque se disponga de una propia en dominio o en arrendamiento. Pienso que la protección del alojamiento familiar no puede llegar a tanto». Que se atribuya a los hijos se debe a que ha de primar el interés superior del menor⁴⁴, entre los que no sólo hay que incluir a los menores no

de la LEC: «En la misma resolución podrá acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente con la custodia de los hijos y uso de la vivienda...».

⁴³ GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. II (arts. 42-107 del CC), Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 410.

⁴⁴ La STS 304/2012, de 21 de mayo, va más allá, ya que atribuye el uso de la vivienda al cónyuge custodio y a los hijos menores, a pesar de no haber sido pedido en Primera Instancia. Cuyo Fundamento de Derecho tercero considera: «El artículo 91 del Código Civil establece que: “en las sentencias de nulidad, separación o divorcio [...], el juez en defecto de acuerdo de los cónyuges [...] determinará, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación a los hijos, la vivienda familiar [...]». En aplicación de esta norma, el artículo 774 LEC repite que el juez determinará en sentencia, en defecto de acuerdo de los cónyuges, las medidas relativas a la vivienda familiar. Lo anterior determina que el principio de rogación se aplica de forma relativa en estos procedimientos y ello sólo cuando existan menores de edad, cuyo interés es el más digno de protección. La facultad prevista en el artículo 91 del Código Civil la tiene el juez cuando no se haya pedido ni adoptado ninguna medida, de modo que el artículo 752.2 y

emancipados⁴⁵, sino que hay que hacer extensivo, desde mi punto de vista, a los incapacitados judicialmente, ya que también estos están bajo la patria potestad de sus progenitores.

En este sentido se ha pronunciado la STS 325/2012, de 30 de mayo⁴⁶, que en su Fundamento de Derecho quinto considera: «[...] Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de interpretación acordada en la Convención Internacional de Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por instrumento de 23 de noviembre de 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación de 3 de diciembre de 2010».

Quedan excluidos los hijos mayores de edad⁴⁷, a pesar de que vivan con alguno de sus padres, puesto que ya no están bajo su patria potestad, excepto si

3 LEC establece que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni éste podrá decidir la cuestión litigiosa, basándose en la conformidad de las partes o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Esto se aplicará también en la segunda instancia.

En consecuencia, no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de *ius cogens* que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984 (RTC 1984/120)».

⁴⁵ Cito una de las sentencias más recientes, que a su vez remite a sentencias anteriores, STS 325/2012, de 30 de mayo, que en su Fundamento de Derecho quinto considera: «El artículo 96.1 del Código Civil establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 de octubre; 451/2011, de 21 de junio; 236/2011, de 14 de abril y 861/2011, de 18 de enero, entre otras) [...]».

⁴⁶ Es ponente la Excm. Señora E. ROCA TRÍAS, así como de la mayoría de las SSTs a las que se hace referencia en este trabajo, hasta julio del pasado año que fue nombrada Magistrada del Tribunal Constitucional por Real Decreto 117/2012, de 20 de julio.

⁴⁷ En este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime, cabe citar entre otras: la STS de 5 de septiembre de 2011 (624/2011), citada en la nota 41; y la STS de 30 de marzo de 2012 (183/2012), cuyo fallo es: «desestimando en parte la demanda formulada y se declara que no procede atribuir el uso del domicilio familiar a las hijas del matrimonio ni a la madre, sino que se atribuye a don Héctor». Y ello se debe a la motivación del Fundamento de Derecho tercero: «[...] La STS 624/2011, de 5 de septiembre, del Pleno de esta Sala, distingue los dos párrafos del artículo 96 del Código Civil en relación a la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad. Dice

han sido incapacitados judicialmente durante su minoría de edad y consiguiendo se prorroga la patria potestad, o que se rehabilite si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado judicialmente⁴⁸.

El artículo 90 del Código Civil se refiere a la atribución del uso de la vivienda, sin añadir ningún calificativo, mientras que el artículo 96 cita expresamente vivienda familiar. No obstante, ello no ha sido obstáculo para que tanto

que en el primer párrafo se atribuye el uso de la vivienda a los hijos “como concreción del principio *favor filii*”, pero que cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas. Así se dice: “Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1.º 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 del menor que depara el artículo 96.1.º 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 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 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 los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor no del párrafo 1.º, sino del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, según el cual: “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”».

Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.ª Isabel, «Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar», en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, septiembre-octubre de 2012, págs. 2838-2852.

⁴⁸ En este sentido, la STS 325/2012, de 30 de mayo, a la que ya he hecho referencia.

la doctrina⁴⁹ como la jurisprudencia hayan estimado que en ambos supuestos se hace referencia a la vivienda habitual, entendida como tal la vivienda familiar o conyugal. Así se ha pronunciado la STS de 9 de mayo de 2012 (3057/2012), que en su Fundamento de Derecho cuarto considera: «[...] que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. Tampoco el artículo 233-20.6 del Código Civil de Cataluña permite esta atribución, sino que sólo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio⁵⁰. [...] En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituya la vivienda familiar».

⁴⁹ No obstante, opina GARCÍA CANTERO, G., que al referirse este precepto a vivienda familiar y no a vivienda habitual, «da al juez mayor discrecionalidad para disponer el uso de una vivienda de la familia, aunque no sea la habitual», «Comentario al artículo 96», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. II (arts. 42-107 del CC), Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 409.

⁵⁰ En este sentido cabe citar la reciente sentencia del Tribunal Superior de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 20/2012, de 30 de julio, cuyo Fundamento de Derecho sexto considera: «[...] Es por ello que el presente supuesto exige que se pondere entre la necesidad de que la hija menor de las partes cuente con una vivienda estable en la que residir, que haría inidónea la atribución de la vivienda familiar utilizada por el matrimonio a precario, y el legítimo interés económico de los litigantes en liquidar el patrimonio común sin cargas adicionales que lo afecten. Es cierto que la atribución del uso no impide la división, pero tal carga sería oponible a quienes adquiriesen el inmueble, por lo que podría tener incidencias en su valor.

Esa ponderación ha de resolverse lógicamente en este caso, a favor del superior interés de la menor, tal y como previenen el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, en el artículo 82.2 del Código de Familia de Cataluña y en el artículo 3 de la Llei del Parlament de Cataluña 8/95, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y de los adolescentes, estos vigentes cuando se inició el presente procedimiento, configurándolo como un principio prevalente sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Dicho interés no quedaría suficientemente protegido con la atribución a la madre y a la menor de una vivienda a precario.

De esta forma la norma estudiada —art. 76.3.a) CF— debe ser interpretada en el sentido de que puede concederse el uso de una vivienda diferente a la familiar en el curso del procedimiento matrimonial si las circunstancias del caso lo exigen por darse mayor satisfacción, con tal atribución a intereses superiores necesitados de protección.

Procede, en consecuencia, dado que la demandante ya solicitó desde la demanda la atribución del uso de la vivienda al amparo del artículo 76.3.a) CF, y que además, se estima lo más conveniente para el interés de la menor [STS, Sala 1.ª de 7-7-2004 (RJ 2004/51089)] atribuir el uso de la misma a la madre mientras dure la guarda de aquella al no existir razón para concederlo por tiempo superior al previsto en el artículo 83.2.a) CF».

Aunque, la STS de 10 de octubre de 2011 (695/2011) establece, en su Fundamento de Derecho quinto, que: «El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos». Como puede apreciarse, esta sentencia modifica el tenor literal del precepto al señalar que puede atribuirse una vivienda distinta de la familiar si prima el interés del menor, sin embargo hay que tener en cuenta que la casa que había desempeñado la función de vivienda familiar es propiedad de los abuelos paternos, y consiguientemente la familia se encontraba en una situación de precario⁵¹. Por lo que se atribuye como vivienda para la hija menor y la madre como progenitor custodio otra que pertenece a ambos esposos, aunque no era el hogar conyugal, ya que estaba arrendada en el tiempo de convivencia matrimonial, al igual que en el momento de comenzar el procedimiento judicial. Y como se señala en el Fundamento de Derecho tercero: «De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su

⁵¹ A partir de la década de los ochenta del siglo pasado, cada vez son más los procedimientos judiciales que se ventilan en los Tribunales como consecuencia de la cesión gratuita de una vivienda de padres a hijos y la posibilidad de que los propietarios puedan recuperar la vivienda tras una situación de crisis matrimonial, cuando ésta se atribuye al cónyuge custodio de los hijos menores que no tiene parentesco con el titular o titulares del bien. La jurisprudencia, tanto menor como del Tribunal Supremo, no ha sido unánime, ya que varía si la cesión del uso de la vivienda se califica como precario o comodato. Entre otras, las sentencias: STS 1022/2005, de 26 de diciembre; STS 1034/2008, de 30 de octubre; STS de 13 de abril de 2009; STS 443/2010, de 14 de julio; STS 695/2011, de 10 de octubre; STS 386/2012, de 11 de junio.

Vid. HORNERO MÉNDEZ, C., «Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 2000; AGUILAR RUIZ, L., «Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble. Comentario a la STS de 13 de abril de 2009», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 2010-1.

La STS 386/2012, de 11 de junio, cuyo ponente es el Excmo. Señor J. A. XIOE RÍOS, en su cuarto Fundamento de Derecho recoge la distinción entre precario y comodato, en la doctrina jurisprudencial, y considera: «A) La sentencia dictada por esta Sala el 26 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006/180), citada por la parte recurrente, fija las pautas interpretativas y de aplicación, que sirven para resolver la cuestión, bastante frecuente, relativa a la procedencia de la reclamación de una vivienda por su propietario cuando ésta ha sido cedida a un familiar, para que fije en ella su domicilio familiar. Así se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha habido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que puedan surgir en torno al uso, deberán resolverse conforme a las normas reguladoras de este negocio jurídico. Sin embargo, y para el caso de que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura de un precario. Estos criterios han sido reiterados por esta Sala, entre muchas otras, en las recientes SSTs de 18 de marzo de 2011 (*RJ* 2011/935) y 30 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3724)».

madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda».

Sin embargo, pienso que no debe haber inconveniente en atribuir el uso de otra vivienda a pesar de que no sea la habitual o familiar, si los cónyuges lo pactan en el convenio regulador, o hubiera consenso por parte de los esposos y el juez lo decreta como una de las medidas en la resolución judicial. Ello se desprende *a sensu contrario* de la STS de 9 de mayo de 2012 (284/2012), que en su Fundamento de Derecho cuarto considera: «Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El artículo 91 del Código Civil solo permite al juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el artículo 96. El artículo 774.4 LEC repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. [...] En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar».

Las formas de atribución del uso de la vivienda familiar que predica el artículo 96, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 39 de la Constitución Española son varias, y ello con independencia de quién sea el titular de la misma. Pues la vivienda puede ser de un solo cónyuge, porque sea un bien privativo, o se le haya atribuido en la liquidación de la sociedad de gananciales, si tenía naturaleza ganancial. También cabe el que la vivienda sea copropiedad de ambos cónyuges, porque fuera ganancial y al liquidar la sociedad haya correspondido a los dos, o porque hubiera sido comprada conjuntamente por los esposos sin tener régimen de gananciales. Lo que no impide, si así se ha estipulado en el convenio regulador, o lo ha considerado el juez en la sentencia que ponga fin al procedimiento matrimonial, atribuir su uso al esposo no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección; o al propietario de la vivienda familiar. «La atribución del uso de la vivienda familiar tiene como finalidad esencial el mantenimiento de las mismas condiciones familiares existentes antes de la ruptura; por ello el párrafo I establece que el uso puede atribuirse a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden; con ello se establece una norma de marcado carácter

asistencial, que incluye una forma de contribución a las cargas familiares en relación con los hijos, como reconocen los artículos 92 y 93 del Código Civil. Además, el uso exclusivo puede también atribuirse al cónyuge no titular del local destinado a vivienda, cuando su interés sea el más digno de protección; en este caso no debe configurarse esta atribución como una forma de contribución a las cargas, que no existen, especialmente si se trata de supuestos de nulidad o divorcio, sino una forma de completar la pensión o incluso, de afrontar el deber de socorro mutuo, si se trata de la atribución de la vivienda en un supuesto de separación⁵²».

Por ello, algunos autores, RAMS⁵³ entre otros, opinan que: «el elenco de soluciones prevista, su propia redacción y la práctica ausencia de discusión parlamentaria ponen de manifiesto que a los legisladores les interesaba mucho más el arbitrar unas soluciones prácticas, aunque éstas fuesen sumamente discutibles y poco respetuosas para con la titularidad de los bienes, que la resolución del verdadero problema en el plano teórico». Al igual que ROCA TRÍAS⁵⁴, que señala que esta disposición, el artículo 96, resulta difícil de comentar y «no tanto por la oscuridad de la redacción del artículo, lo que no ocurre, sino por las consecuencias que comporta la atribución de la vivienda a persona distinta del titular de la relación jurídica».

En este sentido, ESPIAU⁵⁵ dice que «la consideración de que la vivienda familiar supone un régimen jurídico peculiar del inmueble se manifiesta también en una situación de crisis matrimonial; pese a ella y precisamente a consecuencia de la misma, se establece la necesidad de su atribución a uno de los cónyuges y que dicha atribución rija por otros criterios, antes que por el que correspondería a la titularidad de la vivienda. La regulación de la atribución en una crisis matrimonial deroga, pues, lo que podría calificarse como régimen *normal* de la misma, entendiendo como tal aquél que determinará su atribución a quien fuera titular».

RAMS⁵⁶ es de la opinión de que «el juez para formar su criterio sobre el mejor interés entre los dos, evidentemente discrepante, deberá tener precisamente en

⁵² ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1981, págs. 398 y 399. Posteriormente ha sido esta autora, la que ya como Magistrada del Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar, una vez extinguida la convivencia matrimonial en la separación y disuelto el vínculo en el divorcio.

⁵³ RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*; Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 100.

⁵⁴ ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pág. 607.

⁵⁵ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, págs. 198 y 199.

⁵⁶ RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*; Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 117.

cuenta las circunstancias que con carácter pretendidamente exhaustivo se enumeran en el artículo 97 y muy particularmente las señaladas en este precepto como 2.^a, 3.^a, 7.^a y 8.^a, pero no sólo en el cónyuge que no sea titular que pretenda la atribución en uso de la vivienda que fue familiar, sino valorando las específicas circunstancias que concurren en ambos cónyuges. No nos encontramos ante un mero desequilibrio que da lugar al nacimiento de una obligación económica, sino ante unas circunstancias que conducen a la privación de determinadas facultades sobre una cosa para quien es titular privativo de la misma, por lo que se predica que el interés protegido tiene que ser patente, pues obliga a salir de la vivienda a quien la ocupaba, no a título de cónyuge, sino como verdadero titular de la misma».

Cito dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, una primera de 30 de marzo de 2012 (183/2012), en la que se atribuye la vivienda familiar al marido, titular de la misma, y no a la esposa, por no haberse probado la necesidad de esta última, doctrina que todavía no es frecuente, pero que sin embargo me parece acertada, y que debería continuar en futuras sentencias. Considera dicha sentencia en el Fundamento de Derecho cuarto que: «2.º Si bien la vivienda que constituyó el domicilio conyugal podría haberse atribuido a [la esposa], las razones deberían haber estado fundadas en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de las hijas mayores que el artículo 96 del Código Civil no tutela.

3.º No constituye un interés digno de protección de acuerdo con el artículo 96.3 del Código Civil, la convivencia de la esposa con sus hijas mayores, ya que como se ha dicho antes, éstas no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual durante el matrimonio de sus padres».

Y la STS de 5 de noviembre de 2012 (671/2012)⁵⁷ que, también, atribuye la vivienda familiar al esposo, cuya titularidad ostenta, al haber adquirido la madre una vivienda que cubre las necesidades de la hija menor con dignidad y decoro. Considera su Fundamento de Derecho segundo que: «El interés, sin duda prevalente de la menor, demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que conforme a la regla dispuesta en el artículo 96, se identifica con la que fue la vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Ocurre que, en principio, la situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio de los progenitores, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio. Por ello, el artículo 96.1 del Código Civil atribuye el derecho de uso a la hija menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154.2.1.^a del Código Civil. El artículo 96, dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011 (*RJ* 2011/3021), presupone que

⁵⁷ Ponente Excmo. Señor J. A. SEJAS QUINTANA.

este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores, y por ello y para evitar controversias entre ellos, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, precisamente como titular de la obligación que le impone el artículo 154.2.1.

Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y el deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233-20 del Código Civil de Cataluña, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada [en cierta forma, en el art. 81 del CDF aragonés (STS de 10 de octubre de 2011) (RJ 2011/6839)].

Ocurre así en el caso presente en que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que ésta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento».

Por último, una sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 29 de diciembre de 2011 (672/2011), que me ha llamado la atención, ya que atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa y al hijo, a pesar de que el marido no es el padre biológico del menor, pues así se demostró como consecuencia del procedimiento judicial que se ventiló, una vez interpuesta la demanda de juicio declarativo en el que ejercitó la acción de impugnación de reconocimiento de filiación, y solicitó que se declarara la nulidad del reconocimiento realizado. Cuyo Fundamento de Derecho segundo dice: «[...] la vivienda se atribuyó a la esposa en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, y para modificar dicho pronunciamiento hubiera sido necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, acreditar que el interés del esposo era el más necesitado de protección, valorando la situación patrimonial económica y patrimonial de cada uno de los esposos, las personas que se verían obligadas a salir de la vivienda familiar, la posibilidad de contar con otra vivienda que cubra las necesidades de alojamiento, la situación personal y laboral de cada uno de los afectados, el título de ocupación de la vivienda, etc.

Tal acreditación [...] correspondía al actor, y es evidente que no se ha producido, puesto que la sentencia apelada se basa únicamente en el resultado de la prueba biológica». Es sobradamente conocido el carácter proteccionista del artículo 96 del Código Civil, pero me sorprende que en este caso la vivienda

se atribuya a la esposa, cuando el marido no es el padre del menor, y se le adjudique a ésta por considerarse que su interés es el más digno de protección. Ciertamente hay que tener en cuenta el interés superior del menor, que prima en nuestro Derecho, desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, y que lo recogió por vez primera. No obstante, el artículo 96 se refiere a «los hijos» y, en este supuesto concreto, el menor no es hijo del marido, a pesar de haber nacido constante matrimonio y, haber sido inscrito como tal sobre la base de la presunción de paternidad matrimonial regulada en el artículo 116 del Código Civil⁵⁸.

A juicio de MORENO VELASCO⁵⁹, posición a la que me sumo, «que el interés del menor sea prevalente no significa que cuando sea posible atender todos los intereses no se tome una medida que ampare todos los derechos e intereses. El interés del progenitor no custodio de disponer de su parte del bien normalmente más importante de la economía familiar, con objeto de rehacer su vida, es atendible por el ordenamiento jurídico y estando atendido el interés prioritario de su prole de disponer de una vivienda adecuada, el juzgador debe atender también su interés. Solo en caso de conflicto de intereses sería prioritario el interés del menor y ese es el sentido que considero debe darse al artículo 96 del Código Civil, interpretado de acuerdo con la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas».

Por ello me parece sumamente interesante la doctrina recogida en la STS de 30 de abril de 2012 (262/2012)⁶⁰, que tiene en cuenta los intereses de todas las partes, y por tanto el del menor, al mismo tiempo que respeta la titularidad del marido sobre la vivienda que se va a atribuir. Y que aunque pionera debería seguirse, siempre que fuera posible dividir la vivienda que fue común de los esposos. Cuyo Fundamento de Derecho tercero considera: «El recurso se divide en dos motivos que se van a examinar conjuntamente. El primer motivo pone de relieve la existencia de dos corrientes de interpretación del supuesto de división material y adjudicación de la vivienda familiar puesto que el procedimiento matrimonial no es el marco adecuado para dilucidar la división material y adjudicación de los diferentes componentes de la vivienda familiar (SSAP de Santa Cruz de Tenerife 501/2002, de 29 de julio, y 729/2000, de 16 de diciembre, y SSAP de Las Palmas 198/1998, de 27 de julio, y 366/2008, de

⁵⁸ Reza este precepto: «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges».

⁵⁹ MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar las necesidades de la vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores», en *Diario La Ley*, núm. 7843, Sección Tribuna, 23 de abril de 2012, pág. 2.

⁶⁰ La ponente es la Excm. Señora E. ROCA TRIAS.

29 de mayo; SAP de Murcia 342/2003, de 20 de noviembre, y Madrid, de 5 de abril de 2001). Un segundo criterio jurisprudencial admite la división material de la vivienda al amparo del artículo 96 del Código Civil, siempre que se acredite que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad y no exista relación conflictiva entre los interesados (SSAP de Sevilla 26/2008, de 31 de enero; 68/2000, de 3 de febrero; SAP de Madrid, 549/2010, de 26 de julio; Alicante 648/2003, de 20 de noviembre, y Albacete, de 20 de octubre de 2008).

El segundo motivo dice que las sentencias indicadas como favorables a la petición del recurrente indican que los requisitos que se deben acreditar son tres: que sea posible la división desde el punto de vista material; que las unidades resultantes tengan condiciones de habitabilidad y que no exista conflictividad entre los cónyuges, requisitos que concurren en el presente supuesto [...].

El nuevo argumento lo proporciona el hecho de que el inmueble donde se halla ubicada la vivienda familiar es propiedad exclusiva del marido y que la propuesta división no es tal, sino una redistribución de espacios en el inmueble que no altera su régimen, pero permite obtener una funcionalidad adecuada para satisfacer los intereses presentes en este caso, ya que al ser posible esta nueva distribución, se protege el interés de los hijos menores y el del propio marido, ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular, sin vulnerar sus derechos reconocidos tanto en el artículo 33 CE, que reconoce el derecho de propiedad privada a nivel constitucional, como el artículo 47 CE, que consagró el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

Y el cuarto Fundamento de Derecho dice: «Consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina jurisprudencial: cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 del Código Civil, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad».

El uso de la vivienda será durante el tiempo que persista la necesidad en el cónyuge no titular y que prudencialmente se fije, o mientras tenga la guarda y custodia de los hijos menores, que suele ser hasta que estos alcancen la mayoría de edad. Aunque como matiza XIOL Ríos⁶¹: «todavía queda pendiente de decisión jurisprudencial, acerca de si es posible tal limitación temporal cuando la atribución del uso de la vivienda se atribuye a uno de los cónyuges, sin hijos

⁶¹ XIOL Ríos, J. A., «Disolución del vínculo matrimonial: imposibilidad de limitar temporalmente el uso de la vivienda en tanto los hijos sean menores de edad», en *Diario La Ley*, núm. 7700, Sección Comentario Jurisprudencial, de 22 de septiembre de 2011.

Vid. DE LA IGLESIA MONGE, M.^a I., «Atribución temporal del uso de la vivienda familiar», en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, noviembre-diciembre de 2011, págs. 3451-3463.

menores, por representar el interés familiar más necesitado de protección⁶². Pues el Código Civil no recoge las causas de extinción de la atribución de la vivienda familiar, para ESPIAU⁶³: «parece posible distinguir distintos supuestos: así, la extinción de la posesión puede obedecer, en primer lugar, a la desaparición de la situación de necesidad que se pretende proteger a través de la atribución del uso de la vivienda familiar; puede obedecer, también, al transcurso del plazo de tiempo fijado para ello; y puede obedecer, por último, a la no utilización de la vivienda o a su dedicación a un uso distinto de aquel que determinó la atribución».

Que la limitación del uso de la vivienda familiar sea normalmente hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, aun existiendo hijos menores, es la línea que ya se ha comenzado a pedir por algún sector judicial, y prueba de ello son las conclusiones del III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y la Asociación de Abogados de Familia⁶⁴, siendo una de las propuestas a tener en cuenta, «que la atribución del uso de la vivienda familiar se realice de forma temporal, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales».

No obstante, recientes sentencias del Tribunal Supremo consideran que si los hijos son menores de edad no se puede limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda familiar, aunque ello pudiera ser una solución de futuro. En este sentido, la STS de 14 de abril de 2011 (236/2011) que en su Fundamento de Derecho segundo dice «...Efectivamente esta norma (art. 96 CC) no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá, a su vez, ser controlado

⁶² En la STS de 5 de septiembre de 2011 (624/2011), cuyo ponente es el Excmo. Señor J. A. Xiol Ríos, se limita el tiempo de atribución de la vivienda familiar, cuyo fallo establece que: «...adjudicamos a la esposa el uso de la vivienda familiar hasta que tenga lugar la liquidación del régimen económico-matrimonial».

⁶³ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, pág. 259.

⁶⁴ Celebradas en Madrid, del 28-30 de octubre de 2008. En el punto referente a la «Problemática actual de la atribución del Derecho de uso del domicilio familiar» se dice: «1.º Se propone la reforma del artículo 96 del Código Civil, de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias mientras se realiza la liquidación. Los plazos legales serán razonables para evitar que la realización urgente o precipitada de la vivienda desmerezca o perjudique su valor de mercado.

2.º Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:

- a) La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.
- b) En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se hará siempre con carácter temporal».

por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 de mayo de 2007, 22 de octubre y 3 de diciembre de 2008, entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios. Esta doctrina se ha formulado ya en la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto».

Del mismo modo que la STS de 1 de abril de 2011 (221/2011)⁶⁵, que en su Fundamento de Derecho cuarto, considera: «[...] La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene “hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes”, momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el artículo 96.1 del Código Civil. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (art. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de esta Sala (9 de mayo de 2007; 22 de octubre y 3 de diciembre de 2008, entre otras) en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división».

Y por último, la STS de 13 de julio de 2012 (499/2012)⁶⁶, cuyo Fundamento de Derecho octavo vuelve a considerar que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del

⁶⁵ Vid. PÉREZ GALVÁN, M.ª, «Vivienda familiar y crisis de pareja. Atribución del derecho de uso a propósito de la STS de 11 de abril de 2011», en *Diario la Ley*, núm. 7711, Sección Tribuna, 7 de octubre de 2011.

⁶⁶ Es la última sentencia del TS en la que es ponente la Excm. Señora E. ROCA TRÍAS.

interés del menor, que no puede ser limitada por un juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil».

Si sobre la vivienda habitual recae un contrato de arrendamiento, la actual Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, regula en su artículo 15.1, último inciso, que «el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil». Por lo que persiste la protección para el cónyuge, a pesar de no ser el titular del contrato de arrendamiento, siempre que por la circunstancia que sea, de acuerdo con los artículos 90 y 96, se le atribuya la vivienda que fue familiar, y que ha de poner en conocimiento del arrendador.

El último párrafo del artículo 96 preceptúa: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial». Limitación que, también, tiene el titular de la vivienda en cuanto a los actos de disposición de la misma durante la vida conyugal, y que como hemos visto, regula el artículo 1320 del Código Civil. Todo ello con independencia de quien sea el titular de la vivienda, ya que su fin es proteger, siempre a los hijos menores y al cónyuge custodio, o bien al cónyuge más necesitado en defecto de hijos menores. Para ROCA TRÍAS⁶⁷: «Se trata de una norma en la que se prohíbe la disposición unilateral, que se extiende tanto a los negocios relacionados con la propiedad (cuando el cónyuge titular tenga la propiedad de la vivienda), como la enajenación y constitución de los derechos reales y los dispositivos sobre el título de arrendatario, como la renuncia. A pesar de que el artículo 96 utiliza la expresión “consentimiento de ambas partes”, hay que decir que no existe disposición conjunta, sino disposición del titular acompañada de consentimiento del no titular, la ausencia de este requisito provoca la posibilidad del no titular de pedir la anulabilidad del acto hecho sin su concurrencia (art. 1322.I CC)». Entiende GARCÍA CANTERO⁶⁸ que en el caso del párrafo primero del artículo 96 «deben prestar su consentimiento también los hijos, si pueden hacerlo legalmente, y, si no, el padre o padres que ostenten la patria potestad, o, en caso de que tengan oposición de intereses, el defensor nombrado conforme al artículo 163. A juicio de LACRUZ, la venta del alojamiento familiar por sólo el cónyuge propietario, si se hace con reserva de usufructo en provecho del cónyuge sobreviviente y de la familia entonces convivente, no caería bajo la aplicación del 1320, ni bajo la del 96, párrafo 4.º; en cambio, piensa que merece distinto tratamiento la venta con reserva de arrendamiento».

⁶⁷ ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 401.

⁶⁸ GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. II (arts. 42-107 del CC), Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 414.

Una solución de *lege ferenda* respecto al artículo 96 del Código Civil, que regula el uso de la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, sería que una vez disuelta y liquidada la sociedad de gananciales, si la vivienda no se puede adjudicar a uno de los cónyuges en su mitad de gananciales, debido a su valor económico superior, se procediera a su venta y se repartiera entre ambos cónyuges el dinero obtenido, con el fin de que cada uno tuviera opción a una nueva casa. Solución que me parece la más beneficiosa y equilibrada para ambos esposos, pero que sin embargo actualmente presenta un grave inconveniente, y es la crítica y difícil situación del mercado inmobiliario. Y si la vivienda es privativa, al cónyuge que ostente la propiedad, debe atribuírsele el uso de la misma, y satisfacer al otro cónyuge o excónyuge si fuera el más necesitado de protección, con una pensión alimenticia o compensatoria⁶⁹, si en este último caso ha lugar a ello. A los hijos menores de edad una pensión alimenticia, que tendrá que ser más amplia si el cónyuge custodio no tiene el uso de la que fue vivienda familiar debido a que ha de cubrir los gastos de la casa, pues dentro de los alimentos hay que incluir la habitación. Y si son mayores de edad y, no han terminado su formación por causa que no les sea imputable, proporcionarles alimentos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil⁷⁰.

⁶⁹ La STS de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637) en su Fundamento de Derecho segundo contiene una definición de la pensión compensatoria: «[...] La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o excónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el art. 97 del CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (sentencia de 2 de diciembre de 1987: “...todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrentes 142 y siguientes del Código Civil”»).

⁷⁰ Respecto a los hijos mayores de edad, la ya citada STS (183/2012), de 30 de marzo, que en su Fundamento de Derecho tercero considera: «Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1 del Código Civil, más allá de la fecha en que se 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 sigs. 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

Pues en la práctica se están dando situaciones que por proteger a un esposo, se posterga y desatiende al otro. Ya que la sociedad actual no es la misma de hace más de tres décadas, cuando se aprobó la Ley 30/1981, donde en la mayoría de los supuestos de separación, nulidad y divorcio había un cónyuge, generalmente la mujer, cuya situación económica era inferior a la de su marido, debido a su dedicación, en muchos supuestos en exclusiva, al cuidado de su familia y hogar⁷¹, y no trabajar fuera de éste lo que conllevaba a que no percibiera retribución económica alguna. Por tanto, me sumo a lo escrito por RAMS⁷², ya en el año 1987: «Estamos en presencia de uno de los muchos aspectos de la reforma del Código aprobada por Ley de 7 de julio de 1981 que debería ser revisada, no necesariamente para modificarla en lo sustantivo, sino para someterlo a reglas que propiciasen esa ansiada y, buscada seguridad jurídica igual para ambos cónyuges en situación de crisis matrimonial». Aunque, voy más lejos, y considero que ya ha llegado el momento en que el legislador modifique la redacción de este precepto, y que se mantenga el principio del interés del cónyuge más necesitado, pero sin olvidar que son muchos los supuestos en que los intereses de ambos cónyuges o excónyuges son dignos de protección, ya que los dos pueden encontrarse y de hecho se encuentran en situación de necesidad. Y otorgar a uno la vivienda familiar no implica que el otro no la necesite, por lo que la solución sería que cuando solo exista una vivienda proceder a la venta de la misma y repartir el dinero entre ambos consortes. Naturalmente, si la titularidad de la vivienda es común, ya que si es privativa le corresponde al titular de la misma.

Por ello no me parece adecuada la solución que ha adoptado la STS de 14 de noviembre de 2012 (700/2012)⁷³, pues a pesar de que ha atribuido el uso de la vivienda de forma alternativa entre los antiguos cónyuges, ya que, ¿dónde vive el esposo durante el tiempo, en este caso un año, en que corresponda la vivienda al otro? Es una solución salomónica y novedosa en nuestra jurisprudencia, pero que a mi entender no soluciona el problema. Lo más adecuado hubiera sido proceder a la venta de la misma, y repartir las ganancias entre ambos esposos.

indispensable para la habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos [...]».

⁷¹ En este sentido se ha manifestado el juez F. SERRANO: «La tendencia e inercia ha sido la de entender que la vivienda familiar ha de ser para las abnegadas y sufridas esposas o madres que se separan o divorcian, pues ellas son las llamadas por naturaleza, historia y tradición a la atención de la prole y las únicas llamadas a decidir sobre sus vidas, en un claro exponente de una rancia convicción radical que hace recordar otros respetables principios machistas reflejados en la legislación de la dictadura franquista, que hoy por unanimidad se rechazan». «Hay que reformar el artículo 96 del Código Civil para adaptar la atribución del uso a la realidad social», en *Revista Digital de Derecho de Familia*. <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=681>

⁷² RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 121.

⁷³ Ha sido ponente el Excmo. Señor J. A. SEIJAS QUINTANA.

Aunque, es cierto, que tal y como está el mercado inmobiliario en los momentos actuales, la venta de la vivienda resulta difícil o muy complicada.

Considera, dicha sentencia en sus Fundamentos de Derecho: «Primero. El único de los dos motivos del recurso de casación que ha sido admitido, alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, en relación al artículo 96 del Código Civil. Argumenta la parte recurrente que la resolución recurrida no ha valorado debidamente las circunstancias personales de las partes al atribuir la vivienda familiar a ambos cónyuges de forma alternativa, habida cuenta su avanzada edad, casi ochenta años, el precario estado de salud y que doña Mercedes tiene unos ingresos inferiores a los de su exmarido, conviviendo con ella dos de sus hijos, ya mayores de edad, y con un nieto menor de edad, constituyendo dicha vivienda la única residencia de ese subgrupo familiar, lo que determina que el uso exclusivo deba atribuirse a doña Mercedes por ser el interés más necesitado de protección.

Cita por un lado, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de fechas de 5 de abril de 2000, 10 de marzo de 1998 y 11 de febrero de 1997, las cuales establecen que, a falta de hijos menores, el cónyuge con ingresos inferiores al otro, representa el interés más necesitado de protección, salvo que exista otra circunstancia de entidad que deba ser tomada en cuenta, y con un criterio jurídico coincidente entre sí y dispar con el anterior. Por otro, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de fechas 13 de marzo de 2003 y 20 de abril de 2005, además de la recurrida, según las cuales aun cuando exista una diferencia de ingresos económicos, siendo las circunstancias de edad y salud semejantes, la esposa con ingresos económicos inferiores no representa un interés familiar más digno de protección en cuanto a la atribución de la vivienda familiar.

Segundo. El recurso, tal y como se ha planteado por la parte recurrente, no se ajusta a la exigencia del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Ello es así, en cuanto a la determinación del interés más necesitado de protección en el supuesto previsto en el artículo 96 del Código Civil, para la asignación del uso de la vivienda familiar, en el caso de no existir hijos menores de edad, porque la sentencia objeto del recurso, que necesariamente debe de ser tenida en cuenta en el juicio de contraste y es la única que puede ser modificada por la de casación, no niega la posibilidad de atribuir el uso al cónyuge más necesitado de protección por un tiempo determinado, antes al contrario, lo tiene en cuenta en atención a las circunstancias concurrentes en cada uno de los cónyuges, entre las que figuran las económicas, que no son las únicas, para establecer en su vista un uso alternativo, porque en «ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento, siquiera la esposa con la pensión compensatoria a cargo del exmarido, en el importe hoy próximo al sa-

lario mínimo interprofesional vigente para el año, y en ausencia de cargas que afrontar»; conclusiones estas alcanzadas por el tribunal de apelación que deben ser respetadas en cuanto son consecuencia de la libre y ponderada valoración de los distintos factores que, en el caso, han servido para valorar la procedencia de asignar la vivienda familiar de forma alternativa entre los cónyuges, y ninguno de estos factores resulta absurdo, ilógico o irracional para modificarlo».

Para DE LA IGLESIA⁷⁴, «la situación de crisis económica que padecemos también en los últimos años ha agravado la situación, de ahí que haya un sector jurisprudencial que considera que con la liquidación del patrimonio, sean bienes gananciales o separación de bienes, un cónyuge puede adquirir su mitad de la vivienda al otro —si la compraron a medias— o puede venderse a un tercero y repartirse su precio. Y ello porque se cree que la medida de atribuir el uso a la esposa implica un beneficio para una parte.

También hay que tener en cuenta el problema que se plantea con el paso de los años y la independencia de los hijos. Como el uso se atribuyó a los hijos menores, cuando estos se independizan se debe liquidar la vivienda familiar como cosa común existente en la antigua sociedad de gananciales. Puede abonársele

⁷⁴ DE LA IGLESIA MONGE, M.^a I., «Atribución temporal del uso de la vivienda familiar», en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, noviembre-diciembre de 2011, pág. 3442.

Señala la misma autora (*ob. cit.*, págs. 3443-3445) la existencia de una jurisprudencia dispar y contradictoria entre las Audiencias Provinciales, ya que existen dos posturas diferentes:

«a) La primera línea, que es la más innovadora, aparece contenida en diversas sentencias como la de SAP de Valladolid (Sección 1.^a), de 17 de enero de 2007, recurso 450/2006, que admite la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo menor y, por tanto, dependiente.

La citada sentencia concretamente entiende que: «Respecto de la atribución, sin límite temporal de la vivienda familiar a la esposa, en atención del interés más necesitado de protección, habida cuenta de que ostenta la guarda y custodia del menor, sobre la que se postula una limitación de hasta dos años o hasta que se proceda la liquidación de la sociedad de gananciales, argumentándose sobre el particular, el alto valor económico de la misma sobre cuya venta permitiría a ambos cónyuges la plena satisfacción de sus necesidades de vivienda propia, sin necesidad de adjudicar la familiar a uno sólo de los cónyuges, dejando al otro cónyuge al margen de los beneficios de la misma debe alcanzar favorable acogida, sustancialmente [...] En efecto, la meritada atribución no parece que deba efectuarse sin límite temporal alguno, que pueda considerarse en el tiempo, pudiendo inicialmente establecerse indefinidamente, pero con vocación de su modificación tan pronto pueda apreciarse la falta de su necesidad para poder subvenir a la necesidad de vivienda siempre prioritariamente a favor de los hijos necesitados de la misma, por derivación al cónyuge en cuya compañía queden, dice textualmente el artículo 96 del Código Civil».

b) Por otro lado, una segunda línea, de signo contrario, y de acuerdo con el contenido y la interpretación que desde siempre se ha hecho del artículo 96 del Código Civil, aparece entre otras, en la SAP de Las Palmas (Sección 1.^a), de 15 de octubre de 2007, recurso 355/207. Pronunciamientos que consideran *imperativa* la aplicación del artículo 96 del Código Civil y entienden que no admite una limitación temporal a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores».

su parte en el valor del precio de la vivienda si quiere seguir habitándola y si no la vivienda puede transmitirse a un tercero».

V. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Una tendencia que está imperando en la reforma de los ordenamientos jurídicos, en los últimos años, es la regulación de la custodia compartida en los supuestos de quiebra del vínculo matrimonial, inspirada en las leyes anglosajonas *joint custody*. Este es el caso de algunos países de nuestro entorno, como Francia, que en la Ley 2002-305, de 4 de marzo, relativa a la patria potestad, incluye un párrafo 3.º en el artículo 373-2-9 de su *Code*⁷⁵.

El Código Civil español introduce la custodia compartida, de manera tímida, en el número 5 del artículo 92, que fue modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y establece: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos». Apartado que hay que ponerlo en concordancia con el número 8 del mismo precepto que regula: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable⁷⁶ del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia

⁷⁵ Artículo 373-2-9 dice: «La residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto de la residencia del niño, el juez podrá ordenar, con carácter provisional, una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de ese plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos». Tomado de la traducción del precepto de DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, pág. 2294.

⁷⁶ La sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, cuya ponente ha sido la Excm. Señora E. ROCA TRÍAS, ha decidido en su fallo «declarar inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el artículo 92.8.º del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio». Señala en sus Fundamentos Jurídicos que: «[...] es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 117, 39 y 24 CE). Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada. [...] En conclusión, ha de afirmarse que la previsión

compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

En algunas Comunidades Autónomas españolas con Derecho Civil propio también se han ocupado de regular esta figura. Es el caso de Cataluña en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo de su Código Civil, relativo a la Persona y a la Familia, cuyos artículos 233-8, 233-9 y 233-10 se ocupan de la custodia de los hijos⁷⁷. Aragón lo establece con carácter prioritario en el artículo 80⁷⁸ de su Código de Derecho Foral aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. Y la Comunidad Valenciana, cuya Ley 25/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan, lo regula en el artículo 5.2⁷⁹. Además estas leyes forales han establecido, al mismo tiempo en sendos preceptos, la atribución del uso de la vivienda familiar para cuando esto proceda. Así la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Cataluña, en su artículo 233-20⁸⁰ cuya rúbrica es «atribución o distribución del uso de la vivienda familiar»; el artículo 81 del Código Foral de Aragón,

normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal *ex* artículo 92.8 del Código Civil debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el artículo 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores debe o no adoptarse tal medida».

⁷⁷ Artículo 233-8 del Código Civil de Cataluña: «1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente».

⁷⁸ Artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón: «1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adoptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. [...].

2. El juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores [...].».

⁷⁹ Artículo 5.2 de la Ley 25/2011 de la Comunidad Valenciana: «Como regla general, [la autoridad judicial] atribuirá a ambos progenitores de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos».

Considero que la Comunidad Valencia no tiene competencia para legislar en materia civil a tenor del artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española. El Gobierno presentó un recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley.

⁸⁰ El artículo 233-20 del Código Civil de Cataluña dice: «1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por periodos determinados.

bajo el epígrafe de «atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar»⁸¹, y en la Ley 25/2011 de la Comunidad Valenciana, su artículo 6⁸² bajo la denominación «atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar».

Ya se ha concedido, en algunos casos, la custodia compartida⁸³, pero el problema se presenta cuando en estos supuestos, y como consecuencia del cese de la convivencia de los esposos en los casos de crisis matrimonial, se ha de atribuir el uso de la vivienda familiar y, ningún presupuesto del artículo 96 del Código Civil se refiere a ello.

Por lo que hay que acudir a la jurisprudencia, y tener en cuenta las pautas que han seguido nuestros Tribunales. Señala DE LA IGLESIA⁸⁴ que en algunas sentencias el criterio que ha predominado es que la vivienda se transmita si es de ambos cónyuges⁸⁵, y que cada cónyuge adquiera su propia vivienda con las resultas de la venta, donde vivirán con sus hijos en los periodos que les

2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta [...]».

⁸¹ El artículo 81 del Código de Derecho Foral de Aragón señala: «1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

2. 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 mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor [...]».

⁸² Artículo 6 de la Ley 25/2011 de la Comunidad Valenciana: «1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviere objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si esta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores de uno solo de los progenitores».

⁸³ La última estadística señala que el juez al acordar la guarda y custodia de los hijos, únicamente en un 10,8 por 100 se atribuye de forma compartida.

⁸⁴ DE LA IGLESIA MONGE, M.^a I., «Custodia compartida y el derecho del uso de la vivienda familiar», en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto de 2012, págs. 2308-2313.

⁸⁵ SAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a) 291/2005, de 29 de junio, que considera: «[...] En cuanto a la atribución de la vivienda familiar se ha de tener muy en cuenta que es propiedad por mitades partes indivisas de ambos cónyuges aquí litigantes y los pactos que ambos copropietarios efectuaron es que la casa debía venderse... lo más conveniente es que dicho pacto se lleve a efecto, por cuando se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores custodios porque ello constituirá una fuente continuada de problemas entre los progenitores y lo que pretende esta Sala es precisamente evitar

corresponda. Otra regla, muy utilizada en los últimos años, es que los menores se queden en el hogar familiar y que sean los progenitores los que se desplacen a éste en la temporada que les toque estar con sus hijos, sin que la vivienda se atribuya a ninguno de los esposos⁸⁶. Otra línea es atribuir la vivienda familiar a uno solo de los progenitores⁸⁷, atendiendo para ello motivos económicos, de salud, estar la vivienda adaptada para un discapacitado.

Parece que en un futuro no lejano va a producirse un cambio legislativo respecto a la custodia compartida, pues el ministro de Justicia, señor Ruiz-Gallardón, se comprometió en los primeros días de junio de 2012, a presentar en el plazo de seis meses una Ley de custodia compartida, que priorice el derecho del menor por encima del de los padres, y donde sea el juez el que pueda decidir el modelo que considere más conveniente para el niño respecto a su custodia, cuando los padres deciden separarse o divorciarse⁸⁸.

Por lo que el legislador tendrá que dar una nueva redacción al artículo 96 del Código Civil, en concordancia con la modificación del artículo 92 del mismo texto legal que será el centro de la reforma, al ocuparse este último precepto de las obligaciones de los padres con respecto a los hijos en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. Y regular la atribución del uso de la vivienda familiar sobre la base de una custodia y guarda compartida entre ambos progenitores, ya que no habrá un único cónyuge custodio. Pues de ninguno de los

las ocasiones en que los mismos pudieran producirse. No se efectúa pues asignación alguna del domicilio que fue conyugal». SAP de Valencia (Sección 10.ª) 557/2006, de 18 de octubre.

⁸⁶ Sentencias: Juzgado Primera Instancia, núm. 8 de Gijón, de 3 de octubre de 2008 y de 22 de junio de 2010; Juzgado de Primera Instancia, núm. 20 de Palma de Mallorca, de 22 de enero de 2020 (26/2010); Juzgado de Primera Instancia, núm. 7 de Sevilla, de 8 de abril de 2011 (223/2011).

⁸⁷ Sentencias: Juzgado de Primera Instancia, núm. 28 de Madrid, de 19 de julio de 2007; Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de San Javier, de 22 de junio de 2007; Juzgado de Primera Instancia, núm. 3 de Granollers, de 8 de octubre de 2009; sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 31/2008, de 5 de septiembre, y 9/2010, de 3 de marzo.

⁸⁸ Al mismo tiempo, se ha aprovechado una iniciativa de UPyD para pactar un texto en el que se pide al Gobierno que proceda a su regulación legal antes de seis meses. El texto consensuado, a través de enmienda transaccional, dice así: «El Congreso insta al Gobierno a que en el plazo máximo de seis meses, y sin perjuicio de las especialidades correspondientes en las Comunidades en las que exista un Derecho Civil Foral propio, desarrolle la regulación legal que modifique el artículo 92 del Código Civil y cuantos otros preceptos fueren necesarios para conseguir la viabilidad de la guardia y custodia compartida en los supuestos de ruptura de la unidad familiar, impulsando la conciliación y atendiendo al interés superior del menor; debiendo entenderse como un derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, así como a la inversa, la obligación que tienen estos de ejercitar la corresponsabilidad parental».

Será la Comisión General de Codificación la encargada de redactar un Anteproyecto, en el cual se modifique el artículo 92 del Código Civil, con el objeto de que se deje de contemplar el carácter excepcional de la custodia compartida.

A febrero de 2013, todavía no se ha hecho pública esta propuesta, a pesar de que ya ha transcurrido el plazo señalado por el Ministro. Aunque una Comisión Ministerial está trabajando sobre este tema.

presupuestos regulados en el vigente artículo 96 cabe su aplicación a la custodia compartida, ya que el párrafo primero atribuye la vivienda habitual a los menores y al cónyuge en cuya compañía queden. Precepto, el 96 del Código Civil, que considero que debería haber sido modificado por la Ley 15/2005, que como he señalado introdujo en el Código Civil la custodia compartida, aunque de forma excepcional, y añadir un nuevo supuesto de atribución del uso de la vivienda familiar para estos casos. Pero ya que no se hizo en aquel momento, deberá ser cuando se regule de manera prioritaria la custodia compartida, el momento en que se aborde la modificación del artículo 96, e incluir un presupuesto que se refiera a los casos en que ésta proceda.

Aunque, a mi entender, ello puede presentar serias dificultades en la práctica, a la vista de cómo se ha regulado en algunos derechos forales, donde se ha preceptuado con una gran imprecisión, atribuyéndose la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que acuerden los cónyuges, tema sobre el que en la mayoría de los casos es difícil llegar a una solución pactada, o que lo otorgue el juez al que de ellos tenga una mayor necesidad, lo que también en muchos supuestos no es fácil de fijar, ya que probablemente ambos se encuentren en esa situación. Y sobre todo, si se atribuye la vivienda al cónyuge que no es titular de la misma. La solución que me parece más acertada, de entre las reguladas en los Derechos Forales, es la adoptada por la Ley 25/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana.

Y con respecto a las soluciones adoptadas por la jurisprudencia, algunas de ellas no me parecen las más adecuadas. Con ello me estoy refiriendo, especialmente, a aquella que considera que la vivienda se ha de atribuir a los hijos menores y que sean los padres los que se alternen en el uso de la misma. Creo que ello es una solución antieconómica, ya que los progenitores han de sufragar los gastos de tres viviendas, pues no será fácil que se pongan de acuerdo para que durante el periodo que no convivan con sus hijos, la vivienda que usen sea la misma para ambos cónyuges o excónyuges. Vuelvo a reiterarme por la solución de proceder a la venta de la que había sido vivienda familiar, y el dinero obtenido por la misma se reparta entre ambos esposos. Aunque soy consciente de la dificultad que acarrea una venta en los momentos actuales, al mismo tiempo que la vivienda que vayan a adquirir cada uno de ellos, si es que optan por esa solución, será inferior a la que tenían.

VI. LA VIVIENDA FAMILIAR: POSICIÓN DEL CÓNYUGE

Como sabemos, los artículos 90 C) y 96 del Código Civil se refieren a la atribución del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en los supuestos de crisis matrimonial. Atribución que corresponderá al cónyuge que los esposos hayan pactado en el convenio regulador y en defecto de éste,

será el juez el que adopte esta medida en la resolución judicial de la separación, nulidad o divorcio, y que se otorgara a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, y no habiendo hijos al cónyuge cuyo interés fuera el más necesitado de protección. Para ESPIAU⁸⁹ la atribución de la vivienda familiar que regulan estos preceptos: «se caracteriza fundamentalmente por dos notas: tratarse de una atribución del *uso* de la misma y realizarse en función de un interés —de los hijos o de los propios cónyuges— que se considera especialmente necesitado de protección y mientras dure esa necesidad».

Mientras que el artículo 1406 señala cuáles son los bienes de la sociedad de gananciales que cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, cuando se disuelva y liquide dicho régimen. El número 4.º hace referencia a la vivienda habitual, pero únicamente para el supuesto de que la disolución y liquidación de los gananciales sea por causa de la muerte del otro cónyuge. Y el artículo 1407 permite al cónyuge supérstite optar a la vivienda en propiedad, o que se constituya sobre ella un derecho de uso o habitación; pero si el valor de los bienes o el derecho es superior a la mitad de gananciales del cónyuge adjudicatario, éste deberá abonar la diferencia en dinero.

El uso de la vivienda familiar que se atribuye al cónyuge o excónyuge en los casos de separación, nulidad y divorcio es con independencia de quien sea el titular de la misma y del régimen económico-patrimonial que haya regido durante el matrimonio. El fin de la atribución del uso de la vivienda familiar es proteger a los más necesitados, así se desprende del artículo 96 del Código Civil. Esto es, a los hijos menores e incapacitados y al progenitor custodio; no habiendo hijos, podrá acordarse que corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. En este último caso con independencia de la buena o mala fe del cónyuge una vez declarada la nulidad; o de la culpabilidad o inocencia de uno de los consortes en la separación o divorcio. Aunque, a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se suprimieron las causas de separación y divorcio, y no cabe declarar a ningún cónyuge culpable de la crisis matrimonial⁹⁰.

Sin embargo, tras la Ley 15/2005, el uso de la vivienda familiar puede atribuirse a uno u otro cónyuge, sin tener en cuenta que la separación o divorcio

⁸⁹ Dice ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, pág. 199.

⁹⁰ La Ley 30/1981, de 7 de julio, introdujo en nuestro Ordenamiento el divorcio y reguló el divorcio causal y el divorcio por mutuo consentimiento. Institución que se había regulado por vez primera en España durante la II República, en la Ley de 2 de marzo de 1932, derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939, ya que la Ley de Matrimonio Civil de 1870 mantuvo el principio de la indisolubilidad del matrimonio, a pesar de establecer como obligatorio el matrimonio civil.

se haya decretado a petición propia, sea éste el causante de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual de su cónyuge o de los hijos de ambos. Aunque, en este último supuesto, parece poco probable que a ese cónyuge se le otorgue la custodia de sus hijos, y por ende no tendría derecho al uso de la vivienda familiar. Pero podría darse el caso que si fuera el más necesitado de protección, atendidas las circunstancias se le atribuyera por el tiempo que prudencialmente se fije, en el caso de que no hubiere hijos menores o incapacitados.

En este sentido ya señalaba LACRUZ⁹¹: «Conforme a la directriz esencial de la reforma, no hay aquí cuestión de culpabilidad o inocencia del cónyuge, salvo en cuanto una descalificación moral pueda influir en el juez al atribuir la compañía de los hijos. La asignación de la vivienda y objetos de uso prevista en el artículo 96 se realiza tanto en los supuestos de separación y divorcio como en el de nulidad, pues la ley no distingue: no obstante, en el caso de mala fe del cónyuge no propietario cuyo matrimonio se declara nulo, asignarle la vivienda, aun siendo quien cuida de los hijos, es contradictorio con los principios de los artículos 95-2 y 98 y solo se puede mantener en cuanto prestación a aquellos».

A diferencia del artículo 1406, que permite al cónyuge viudo optar por la vivienda habitual, sólo si ésta es ganancial, y siempre que se pueda incluir en su mitad de gananciales una vez disuelta la sociedad, sin tener en cuenta la necesidad del cónyuge superviviente, por lo que este precepto no le otorga una protección similar a la de los artículos 90 C) y 96 del Código Civil.

El cónyuge o excónyuge en los supuestos de crisis matrimonial sale beneficiado con respecto al cónyuge viudo en lo referente a la vivienda conyugal o familiar. Pues, a pesar de que el viudo tiene derecho a que se incluya con preferencia en su haber la vivienda familiar en propiedad, o constituir un derecho de uso o de habitación sobre la misma, se le computa en su mitad de gananciales, lo que únicamente procederá si éste es el régimen económico-matrimonial. Régimen, el de la sociedad de gananciales que a pesar de ser el legal subsidiario de primer grado en el Derecho común, cada vez es más frecuente que los cónyuges o futuros cónyuges pacten en capitulaciones matrimoniales el de separación de bienes, o lo estipulen constante matrimonio. Aunque, ello no es óbice para que la vivienda familiar, en muchos casos, sea un bien común de ambos esposos por haberla comprado pro indiviso.

Sin embargo, en los supuestos de crisis matrimonial, con independencia del régimen económico matrimonial, se atribuye el uso de la vivienda habitual al cónyuge más necesitado, o al que tenga la guarda y custodia de sus hijos menores. Así lo predica el Código Civil y el Tribunal Supremo, cuya doctrina es

⁹¹ LACRUZ BERDEJO J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, fascículo segundo, Librería Bosch, 1982, pág. 259.

muy abundante en esta materia. Cabe citar entre la más reciente jurisprudencia, las SSTS 236/2011, de 14 de abril; 451/2011, de 21 de junio; 659/2011, de 10 de octubre; 499/2012 de 13 de julio; 50/2012 de 30 de julio y 671/2012 de 5 de noviembre, que consideran que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil», y consecuentemente al cónyuge que viva con ellos.

Por el contrario, no se tiene en consideración la misma premisa respecto al cónyuge que al quedar viudo tenga hijos menores, o que la muerte de su consorte le origine un estado de necesidad. Soy de la opinión de que las circunstancias que se tienen en cuenta para proteger al cónyuge o excónyuge, durante y después del procedimiento matrimonial, se deberían tomar en consideración y aplicar al cónyuge viudo. Y si hubiera hijos menores, debería otorgarse a estos y al cónyuge sobreviviente el uso de la vivienda familiar, a pesar de no fuera éste el titular de la vivienda, mientras los hijos estén bajo la patria potestad del progenitor superviviente.

Si la vivienda familiar es un bien privativo del cónyuge fallecido, el viudo no tendrá ningún derecho sobre la misma, excepto si el cónyuge causante así lo hubiera dispuesto en su testamento. Sin embargo, el cónyuge no titular de la vivienda familiar, en los supuestos de crisis matrimonial, sí que tiene derecho al uso de la vivienda si lo han pactado los cónyuges en el convenio regulador, o estimado el juez en la sentencia que ponga fin al procedimiento matrimonial.

Señala ESPIAU⁹² que: «La diferencia de trato en uno y otro supuesto puede explicarse en el hecho de que, mientras en el primero el cónyuge titular ha desaparecido, en el segundo no y de ahí que, conservando su condición de titular, en ella pueda fundamentarse la legitimación posesoria de su consorte; también y sobre todo, en que resulta tal vez excesivo hacer trascender la subsistencia del régimen de la vivienda familiar, no ya sólo a la crisis matrimonial, sino —sobre todo— al fallecimiento del cónyuge titular, supeditando el interés del heredero al del cónyuge sobreviviente.

Ahora bien, con ser cierto esto, no constituye una justificación suficiente el silencio legal. En una situación de crisis matrimonial que determine la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, la legitimación posesoria de éste subsiste, aun cuando la titularidad de la misma no corresponda a su consorte por haber dispuesto de ella sin el consentimiento de aquél. En el mismo sentido y presupuesto que fallecido el cónyuge titular, la titularidad de la vivienda se transmita a sus herederos, sería también admisible la atribución —siquiera temporalmente— de su uso al cónyuge sobreviviente, cuya situación de necesidad tras la muerte de su consorte puede ser igual o mayor que la del

⁹² ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, pág. 264.

cónyuge no titular a quien se confiere la posesión de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial».

La única protección de que goza el cónyuge viudo en relación a la vivienda familiar es si ésta es arrendada. Pues, a pesar de que el titular del contrato de arrendamiento fuera el cónyuge fallecido, el cónyuge viudo tiene derecho a subrogarse en el arrendamiento, siempre que conviviera con el arrendatario, artículo 16.a) de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁹³, y por supuesto con la obligación de pagar la renta estipulada y notificárselo al arrendador.

VI. A MODO DE REFLEXIÓN

La separación y el divorcio producen unas consecuencias que inciden en los derechos y deberes de los esposos, debido a que cesa la convivencia conyugal; y en el divorcio, también, se extingue el vínculo matrimonial. En estas situaciones de crisis matrimonial, nuestro Ordenamiento regula unos efectos para los cónyuges o excónyuges, así como para los hijos si los hubiere.

Entre estos, cabe destacar la atribución de la vivienda familiar, acordándose su uso a los hijos, entendiendo por tal los menores y como no, también, los incapacitados judicialmente, así como el cónyuge en cuya compañía queden. Si alguno de los hijos queda en compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo precedente, supuesto que en la práctica se da en contadas ocasiones, y sobre el que no he encontrado jurisprudencia. En su defecto, será al cónyuge o ex cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y, por el tiempo que prudencialmente se fije, con independencia de quien sea el titular de la vivienda.

Este precepto, el 96 del Código Civil, a mi parecer, debe reformarse y sin más dilación, pues las circunstancias ya no son las mismas que cuando se promulgó la Ley 30/1981. Debe seguir primando el interés superior del menor, lo que conlleva a que se otorgue la vivienda a los hijos menores y consecuentemente al progenitor custodio, y como no, al cónyuge más necesitado. Sin embargo hoy en día es difícil determinar, en muchos supuestos, cuál de los cónyuges se encuentra en esa situación, ya que ambos pueden estar y de hecho están en

⁹³ Derecho que, también, se concede al conviviente. Este derecho fue el primero que se reconoció en el Ordenamiento jurídico al conviviente supérstite con independencia de su orientación sexual. Dice el artículo 16 de la LAU: «1. En caso de muerte del arrendatario podrán subrogarse en el contrato: a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él. b) La persona que hubiere venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubiera tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia [...]».

una posición similar y necesitar, por tanto, la vivienda familiar. Pues en la mayoría de los casos, el piso es propiedad de ambos esposos, y el bien de mayor valor económico en su patrimonio. Por lo que la solución más adecuada, a mi parecer, sería proceder a su venta y dividir las ganancias entre ambos, y con lo que obtenga cada uno de ellos, si lo consideran conveniente, proveerse de una vivienda bien en propiedad o en arrendamiento. Aunque, no pierdo de vista la dificultad que puede entrañar en el momento actual la venta de la casa, debido a las circunstancias económicas y financieras, lo que conlleva un retraso para poder aplicar dicha solución.

Si la propiedad es de uno de ellos, habría que atribuirle a éste el uso de la vivienda, cubriendo las necesidades de los hijos menores a través de una pensión alimenticia, y si son mayores de edad pero no han finalizado su formación, por causas ajenas que no les sean imputables, tienen derecho a los alimentos regulados en el artículo 142 y siguientes del Código Civil. Y al cónyuge más necesitado de protección, en el caso de que no haya hijos menores, y siempre que así se valore se le puede conceder una pensión alimenticia, pero de carácter temporal, teniendo en cuenta las circunstancias que el Código Civil proclama en el artículo 97 para la pensión compensatoria. Ya que lo contrario comporta un trato desigual y discriminatorio para uno de los cónyuges, en detrimento del otro, y ello va en contra del artículo 32.1 de la Constitución Española y del artículo 66 del Código Civil.

Por tanto, el legislador tendrá que dar una nueva redacción al artículo 96, en concordancia con lo que hemos apuntado, y sin que sufra más retrasos en el tiempo. Donde deberá primar las soluciones aportadas, siendo lo deseable que éstas partieran de un consenso o acuerdo de los cónyuges, pero en defecto de ello tendría que ser la autoridad judicial la que adoptara la medida más adecuada. Y todo ello examinando cada caso concreto, para que la solución fuera la más proporcionada y justa. También, la reforma que se lleve a cabo en el artículo 92 del Código Civil, que tendrá que regular la custodia compartida, ya no de manera excepcional, conllevará el que tenga que introducirse en el artículo 96 algún supuesto para cuando ésta sea pactada por los cónyuges o decretada por el juez. Apartado que deberá ocuparse y regular la atribución del uso de la vivienda familiar sobre la base de la custodia y guarda compartida entre ambos progenitores, ya que a partir de ese momento no habrá, en muchos supuestos, un único cónyuge custodio.

Abogo por que la misma protección que se concede al cónyuge o excónyuge en los casos de crisis matrimonial respecto a la vivienda familiar, y que se extiende a los objetos de uso ordinario, se otorgue al cónyuge viudo que ha convivido y compartido su vida con el fallecido, hasta el momento de su muerte. Esto es que se le atribuya el uso de la vivienda familiar, si atendidas las circunstancias lo hicieran aconsejable, y su interés fuera el más necesitado de protección. Sin que ello se compute en su mitad de gananciales, sobre todo

partiendo que el patrimonio ganancial se ha hecho entre ambos esposos. Y al disolverse y liquidarse por fallecimiento de uno de los esposos, la mitad de los gananciales del causante formarán parte de su herencia, de la cual recibirán una cuota importante los descendientes en detrimento del cónyuge supérstite.

Postura, que también, defiende ESPIAU⁹⁴: «como culminación del régimen específico que en torno a la vivienda familiar construye nuestro ordenamiento jurídico, sería deseable la existencia de una regulación similar a la prevista para los supuestos de crisis matrimonial —o incluso la misma extensión de ésta, a los supuestos de disolución del matrimonio por fallecimiento del cónyuge titular de la vivienda familiar—. Al igual que SERRANO ALONSO⁹⁵ que dice: «debe ponerse de relieve, que la vivienda familiar, que es un activo patrimonial, sólo es tomada en consideración por las normas positivas en las relaciones *inter vivos* (con la excepción del art. 1406, núm. 4, que es también un supuesto especial de acto *inter vivos* derivado de la muerte de uno de los cónyuges); sin que existan normas especiales de derecho sucesorio sobre la vivienda, si se excluyen las especiales en materia de transmisión sucesoria de los arrendamientos urbanos».

Para finalizar, volver a insistir en que respecto a la vivienda familiar tiene una mayor protección el cónyuge separado o divorciado que el cónyuge viudo, debido a que al primero se le puede atribuir el uso de la vivienda familiar a pesar de no ser el titular de la misma, bien porque sea el custodio de los hijos menores, o bien porque se encuentre en una situación más desfavorable, a pesar de que la separación o divorcio hayan sido provocada por él. Por el contrario, al cónyuge supérstite no le corresponde el uso de la vivienda, aunque se encuentre en una situación similar a la del separado o divorciado, pues únicamente tendrá derecho a que ésta se incluya con preferencia en su haber, hasta donde alcance su mitad de gananciales, artículo 1406 del Código Civil, o aplicar lo establecido en el artículo 1407 del mismo texto legal. Y sólo si la vivienda habitual goza de la naturaleza de bien ganancial.

Por todo ello, considero que las circunstancias para proteger al cónyuge o excónyuge, durante y después del procedimiento matrimonial, se deberían tomar en consideración y aplicar al cónyuge viudo. Y si hubiera hijos menores, otorgar a estos y al cónyuge sobreviviente el uso de la vivienda familiar, aunque la titularidad no fuera del cónyuge supérstite. Ya que, la única protección de la que goza el viudo en relación a la vivienda familiar es cuando ésta es arrendada, pues tiene derecho a subrogarse en el arrendamiento, siempre que

⁹⁴ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, pág. 264.

⁹⁵ SERRANO ALONSO, E., «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*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1986, pág. 91.

al tiempo del fallecimiento conviviera con el arrendatario, artículo 16.a) de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Así la protección que se concede al cónyuge o excónyuge en los casos de crisis matrimonial en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, y que se extiende, también, a los objetos de uso ordinario, se debería tener en cuenta para el cónyuge supérstite que, además, ha convivido y compartido su vida con el fallecido hasta el momento de su muerte, supuesto este último que, como es lógico, no se da en los casos de separación, nulidad o divorcio.

RESUMEN

LA ATRIBUCIÓN DEL USO VIVIENDA FAMILIAR CRISIS MATRIMONIAL

La atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los temas de conflicto más controvertidos que se presentan cuando se produce una situación de crisis matrimonial.

En este trabajo se hace especial referencia a las formas de atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código Civil, y los problemas que se suscitan. Así como a la reciente jurisprudencia, muy abundante, y en algunos casos contradictoria sobre todo en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

Se propone una reforma del artículo 96 del Código Civil, ya que las situaciones han cambiado desde que se promulgó la Ley 30/1981. En la mayoría de los casos, la casa es propiedad de ambos esposos, y el bien de mayor valor económico del activo patrimonial. Por lo que la solución más adecuada, de ordinario, será proceder a su venta, y dividir las ganancias entre ambos cónyuges. Así como introducir un nuevo supuesto que regulara la atribución del uso de la vivienda familiar sobre la base de la custodia y guarda compartida del que carece ahora este precepto.

Se aboga para que la misma protección que se concede al cónyuge o excónyuge en los casos de crisis matrimonial respecto a la vivienda familiar, y que se extiende a

ABSTRACT

THE EXPECTED CHANGES IN THE USE OF HOMESTEAD THE ATTRIBUTION OF THE USE FAMILY HOME MARRIAGE CRISIS

The attribution of the use of the family home or homestead is one of the most controversial aspects that arise during a marriage crisis.

In this paper I make special reference to the forms of attribution of the use of the family home that are regulated in article 96 of the Spanish Civil Code (CC), and the problems it raises. Reference is made also to the recent case law, very abundant in this area and often contradictory especially in the courts of appeals.

I propose a reform of article 96 CC, because the circumstances are no longer the same as when Law 30/1981 was enacted. In most cases, the house is owned by both spouses, and is the property of greater economic value in their estate. So the best solution, in my opinion, would be to sell it and split the proceeds between the spouses. The attribution of the use of the family home on the basis of shared custody and guardianship, a factual situation now lacking in this precept, should be regulated.

I advocate that the same protection granted to the spouse or former spouse in cases of marital crisis regarding the homestead, and that extends to the objects

los objetos de uso ordinario, se otorgue al cónyuge viudo que ha convivido y compartido su vida con el fallecido.

of ordinary use, be granted to the widow or widower who has lived and shared his or her life with the deceased; this is, that the use of the family home be attributed to them if the circumstances made it advisable, and their interest was the most in need of protection. That, without counting it as part of their half of the community property, especially considering the community estate has been made between both spouses.

(Trabajo recibido el 06-03-2013 y aceptado para su publicación el 29-05-2013)