

**CRISIS CONYUGALES:
LIMITACIONES DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

por

JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna la atribución del uso de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge en los casos de crisis matrimonial es una decisión relevante y trascendental que deben tomar los cónyuges o, en su defecto, la autoridad judicial. En algunos casos ese inmueble será únicamente todo lo que tiene en común el matrimonio, siendo múltiples las connotaciones de carácter afectivo que afectan a ese inmueble donde la familia ha desarrollado su vida en común. Eso implica que sea especialmente importante y decisiva la decisión que deben tomar ambos cónyuges sobre ese bien en el marco de una ruptura matrimonial.

La aplicación del artículo 96 del Código Civil tiene un aspecto de carácter patrimonial que afecta al núcleo del ámbito familiar, como es la atribución del uso de la vivienda que ha venido constituyendo el hogar familiar hasta el momento que los cónyuges deciden cesar en su vida matrimonial, léase nulidad, separación o divorcio. La protección que dispensa la Constitución a la familia y a la vivienda se debe tener muy en cuenta cuando se trata de aplicar el artículo 96 ante crisis matrimoniales, porque contempla la atribución de uso y disfrute de la vivienda a uno de los miembros del matrimonio, pero también hay que tener presente los derechos y expectativas del otro cónyuge, que sigue manteniendo la cotitularidad de la vivienda, pero se le despoja de la posesión. Deberá estar atento a la evolución de las circunstancias que motivaron la decisión judicial en su momento, la posible variación de las circunstancias personales y/o familiares iniciales que pudieran permitir cambiar el destino del bien atribuido en el procedimiento judicial, o bien, en su caso, una pronta liquidación del régimen de gananciales sin dilaciones innecesarias, que eviten un perjuicio innecesario en los derechos del cónyuge no residente en la vivienda.

En el segundo párrafo del artículo 96 se establece un criterio que, de forma discrecional, deberá resolver el Juez. A la vista del texto de este artículo se plantean una serie de interrogantes: existiendo hijos del matrimonio, ¿se puede atribuir la vivienda al cónyuge en cuya compañía no queden los hijos del matrimonio? ¿Qué casos pudieran contemplarse? ¿Qué limitaciones se pueden establecer? Estas y otras preguntas tienen más de una respuesta.

Nuestro interés ante estas cuestiones pasa por examinar la jurisprudencia más reciente y los criterios que vienen aplicando nuestros tribunales para resolver esta problemática enunciada. En principio la pauta que debe marcar la atribución de la vivienda familiar es el interés más necesitado de protección como consecuencia derivada de la situación inestable —en algunos casos traumática, especialmente en procedimientos contenciosos— que sigue a toda ruptura matrimonial.

En esta línea los tribunales vienen considerando cada vez más un mayor número de factores y circunstancias que permiten declarar un límite temporal del uso de la vivienda familiar. Ciertamente es, no obstante, que alcanzar esa inter-

pretación en aquellos supuestos de aplicación subsidiaria del artículo 96 cuando los cónyuges no han alcanzado un acuerdo previo, presenta numerosas dificultades si no existen hijos menores en el matrimonio. La ausencia de sentencias del Tribunal Supremo hace que los Juzgados de Familia y las Audiencias Provinciales se encuentren con numerosos obstáculos para fundamentar jurídicamente esta declaración en sus resoluciones, ya que el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de unificar doctrina de esta cuestión. Sin embargo, siendo abundantes las Resoluciones de las Audiencias Provinciales al respecto, vamos a realizar una breve reseña de aquéllas que hemos considerado de un especial interés.

1. SENTENCIAS EN LAS QUE NO EXISTIENDO HIJOS MENORES DE EDAD, SE ESTABLECE UN LÍMITE TEMPORAL EN EL USO Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 21 de abril de 2005. Declara la Sala que: *«El hecho de que una hija de veintiocho años de edad conviva con sus padres no se considera motivo suficiente para otorgar el uso exclusivo a la madre; y su enfermedad, al padecer un trastorno bipolar que ha precisado de asistencia médica en tres ocasiones, no consta que alcance un grado relevante de gravedad suficiente para constituirlo en el interés más digno de protección»*. Concluye la Sala estableciendo un nuevo plazo de siete meses en los que se atribuye el uso de la vivienda a la esposa, *«pero transcurrido el mismo se extinguirá dicha asignación, con la finalidad de que en dicho período puedan llegar a un acuerdo sobre el futuro del chalé, y si no llegasen al mismo, cualquiera de ellos pueda ejercitar las acciones que considere oportunas, en su caso, la acción de división de cosa común»*.

SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 17 de enero de 2005. Se desestima la demanda de modificación de medidas que pretendía la prórroga de la atribución del uso de la vivienda familiar, que se fijó con carácter temporal en la anterior sentencia de separación. Se invoca por la apelante que el criterio rector para la atribución del uso de la vivienda familiar es la necesidad del beneficiario, admitiéndose la posibilidad de prórroga si se acredita una prolongación de la situación de necesidad y en su consecuencia relaciona una serie de circunstancias imprevisibles y nuevas que no existían ni se podían prever cuando se dictó la sentencia en autos de separación. Declara la Sala, *«que la valoración por el Juez a quo respecto a las circunstancias concurrentes es acertada y atinada, no observándose en su argumentación ninguna interpretación errónea, ilógica o arbitraria, al contrario la apreciación de las pruebas es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso, ya que la depresión de la apelante se mantiene en el mismo estado anímico ... y en cuanto al estado de salud de los padres, nos remitimos a la fundamentación llevada a cabo por la Juez a quo en la sentencia de instancia»*.

2. SENTENCIAS EN LAS QUE NO EXISTIENDO HIJOS MENORES DE EDAD, NO SE ESTABLECE UN LÍMITE TEMPORAL DE TIEMPO EN LA ATRIBUCIÓN Y USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 17 de enero de 2006. Cónyuges de avanzada edad. Él tiene setenta y tres años y ella sesenta y seis, solicitan la separación después de cuarenta años de matrimonio. Habitan con el matrimonio

dos de sus hijos mayores de edad (treinta y dos y veintisiete años, respectivamente) que, aun conviviendo en el domicilio familiar, ambos tienen independencia económica.

La sentencia de 1.^a Instancia declara que, *«el uso y disfrute de la vivienda familiar hasta la liquidación del régimen económico-matrimonial, corresponderá a los dos cónyuges, que se alternarán anualmente en su uso, comenzando el primer año la esposa, continuando su esposo, y así sucesivamente»*. La Audiencia revoca este pronunciamiento de instancia, estimando que: *«al ser ambos cónyuges de avanzada edad, y no concurriendo circunstancias que hagan prevalecer a uno sobre el otro para considerarlo el interés más necesitado de protección, se otorga el uso de la vivienda a la esposa en atención a la distinta relación que tienen con el inmueble: para ella no es sólo un bien material, sino un hogar que ha de cuidarse, al ser quien se ha encargado siempre de organizarlo para que la familia lo habitara como tal, mientras que para el esposo es meramente un lugar de hospedaje, hace que respecto del uso y disfrute de la casa sea el interés de la esposa más digno de protección que el del esposo y de ahí que proceda la estimación del recurso y la revocación de la medida adoptada por la sentencia de instancia»*. Expresamente declara respecto al uso alternativo del inmueble: *«esta medida es indeseable por no ser un bien que pueda cambiarse de manos sin problemas»*.

SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 13 de enero de 2005. No resulta procedente fijar un plazo de duración del uso de la vivienda atribuida a la madre y al hijo mayor de edad sin independencia económica, dado que se desconoce cuándo pueden cesar o variar las causas que justifican su atribución. La Sala estima el recurso planteado, *«al no resultar procedente la fijación de un plazo al desconocer en el momento actual, cuándo pueden cesar o variar las causas que han dado lugar a la atribución del uso de la vivienda a la demandada»*.

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 29 de septiembre de 2004. Atribuido el uso de la vivienda a la ex cónyuge, no procede fijar un plazo de duración cuando no existe perspectiva de que la beneficiaria se pueda procurar otra vivienda, dadas las circunstancias concurrentes en ella al carecer de trabajo y de recursos económicos y tener cincuenta y dos años de edad. Es la misma doctrina que cita las SSTSJ de Cataluña, de 18 de marzo de 2004, 6 de noviembre y 22 de septiembre de 2003. Concluye la Sala: *«su situación de mayor necesidad respecto a su esposo es evidente pues éste, además de tener un trabajo estable y otro de índole liberal, dispone de una vivienda en esta ciudad de Barcelona»*.

TSJ de Cataluña, de 6 de noviembre de 2003. Al no poderse asegurar que la necesidad de la esposa vaya a desaparecer dentro de un determinado plazo, no procede fijar limitación a la atribución del uso de la vivienda familiar. El iter procesal es el siguiente: el esposo interpone demanda de modificación de medidas de divorcio contra su esposa. El Juzgado de 1.^a Instancia dictó sentencia el 28 de septiembre de 2002, estimando la demanda y dejando sin efecto la atribución del uso del domicilio conyugal en la sentencia que decretó el divorcio, pudiendo disponer de la misma durante el plazo de seis meses. Apelada la sentencia por la esposa, la AP de Barcelona dictó sentencia el 4 de marzo de 2003, estimando el recurso y desestimando la demanda. Recurrida la sentencia en casación ante el TSJ de Cataluña, el recurso fue desestimado, manteniendo, tal como hizo la Audiencia Provincial, la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la esposa sin limitación temporal. El argumento: *«mientras dure la necesidad de la beneficiaria»*. No existen hijos menores de edad.

TSJ de Cataluña, de 22 de septiembre de 2003. En juicio de separación entablado por la esposa, el Juzgado de 1.ª Instancia dictó sentencia declarando entre otras medidas: el uso y disfrute del que fue domicilio conyugal de la esposa, mayor de sesenta años y dedicada al hogar y a la atención a la familia durante su vida matrimonial. Esta atribución a favor de la esposa tendrá carácter temporal, hasta que se produzca la consumación de la venta de la referida vivienda y efectiva percepción por parte de la misma de las cantidades que le corresponden en su condición de copropietaria.

Apelada la sentencia por la esposa, la AP de Tarragona dicta sentencia el 6 de marzo de 2003, estimando el recurso y declarando el uso y disfrute de la vivienda sin límite temporal de tiempo. El esposo recurre esta medida en casación ante el TSJ de Cataluña, siendo desestimado. Declara el Tribunal que: *«el artículo 83.2.b) del Código de Familia de Cataluña, en su interpretación estrictamente literal, parecería que conduce a una única e inequívoca conclusión: la voluntad del legislador de establecer siempre y en todo caso un plazo para la atribución de la vivienda familiar, tanto si hubiera hijos menores de edad como si no ... A tenor de esta interpretación literal, la temporalidad sería, pues, requisito inherente del uso de la vivienda, entre otras cosas porque el artículo 83.b) in fine se refiere a la posibilidad de acordar prórroga —únicamente puede prorrogarse lo que previamente tiene señalado un plazo—. “Resulta, sin embargo, que el mismo precepto dispone que tal atribución se hará mientras dure la necesidad del beneficiario”».*

Estamos ante un matrimonio que han convivido juntos durante cuarenta y cinco años y han tenido en común seis hijos, la esposa cuenta con más de sesenta años, habiendo dedicado toda su vida a la familia. *«En estas circunstancias, atendiendo que el marido percibe una nómina y una pensión de la Seguridad Social (...) que se sostendrá en el futuro y le permite perfectamente sufragar un gasto de alquiler suficiente a sus necesidades, poseyendo además una cantidad ahorrada de cierta cuantía (...)»*, sostiene el Tribunal *«que el interés más necesitado de protección es el de la esposa, juicio de valor que comparte la Sala y que justifica suficientemente la atribución a la demandante de la vivienda familiar sin limitación de tiempo mientras dure la necesidad que la ha motivado».*

3. SENTENCIAS EN LAS QUE EXISTIENDO HIJOS MENORES DE EDAD, NO SE CONTEMPLA UN LÍMITE DE TIEMPO A LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

SAP de León, Sección 2.ª, de 20 de julio de 2005. Impugna en el recurso el esposo que no se haya limitado temporalmente el uso de la vivienda familiar y más en concreto que no se haya fijado el *dies ad quem* de dicha atribución en la liquidación de la sociedad legal de gananciales. La Sala declara: *«no hay base para fijar a priori un límite temporal a la adjudicación del domicilio familiar y menos para hacerlo coincidir con la liquidación de la sociedad conyugal. Los hijos permanecerán en él mientras objetivamente lo precisen y las circunstancias lo aconsejen».*

SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 28 de abril de 2005. Procede atribuir el uso de la vivienda a la esposa y a sus hijos, pues se considera que por su ubicación, cerca de los colegios, es la idónea para que sea el domicilio familiar, sin que sea obstáculo que la misma aún no haya sido ocupada por la familia al no estar terminada su construcción, pero debe tenerse en cuenta que esta

vivienda estaba llamada a ser el nuevo domicilio de la familia desde que hace ocho años se inició su construcción.

No obstante, aunque la Sala no establece un período de tiempo de atribución y uso de la vivienda, entiende difícil que la mujer y los hijos se mantengan *sine die* en esta casa, pues al ser prácticamente el único bien ganancial y dado su elevado precio (805.403,79 euros) se tendrá presumiblemente que enajenar cuando los cónyuges procedan a la disolución de la sociedad de gananciales, pues el derecho al uso de la vivienda no se puede equiparar a un derecho real.

SAP de Toledo, Sección 1.^a, de 20 de enero de 2003. Se impugna por la recurrente el pronunciamiento relativo a la atribución del uso ordinario de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, que limita su vigencia hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, por infracción del artículo 96 del Código Civil. La Sala considera, *«que el fin que persigue el legislador al atribuir el uso a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden atiende al propósito de amparar el interés más necesitado de protección, así como al de dar satisfacción al principio de protección integral de los hijos, representando, este último, un criterio de interpretación para la recta inteligencia del alcance que debe otorgarse al artículo 96 del Código Civil»*.

Por ello entiende la Sala que no procede limitar el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad conyugal, sino *«hasta que el más pequeño de los hijos alcance la independencia económica o al menos la mayoría de edad, si atendidas las circunstancias del caso, dicho interés continuara representando el más necesitado de protección»*.

4. SENTENCIAS EN LAS QUE SE DECLARA UN LÍMITE TEMPORAL EN EL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA

SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 26 de septiembre de 2005. Procede la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa sólo hasta que se liquide la sociedad de gananciales. No procede la prolongación del derecho de uso por el plazo de diez años, pues el único hijo mayor de edad reside en otra ciudad donde realiza un máster, y no consta que cuando lo finalice desee vivir con la madre, y aunque así fuera, con su edad y preparación se ha de presuponer que tendrá su propia independencia. La Sala desestima el recurso planteado interesando que el uso de la vivienda familiar se prolongue durante diez años.

SAP de Madrid, Sección 24.^a, sentencia de 14 de septiembre de 2005. Dadas las características del inmueble y siendo las hijas mayores de edad, procede la limitación temporal durante tres años del uso de la vivienda, o hasta que se liquide la sociedad de gananciales, si la fecha de ésta es anterior a dicho plazo. La sentencia desestima el recurso planteado interesando se suprima el límite temporal de tres años. Cita la sentencia de forma literal el fundamento de las sentencias de la misma Sección de la Audiencia de Madrid de 23-9-2004 y 5-12-2002.

Declara la Sala: *«La demandada no ostenta un interés más necesitado de protección para prorrogar indefinidamente la utilización de la vivienda conyugal, sobre todo cuando no se ha opuesto al alegato de la contraparte, referido a la titularidad dominical del compañero sentimental de otra vivienda en que residir junto a los dos hijos habidos de tal relación afectiva y otro de aquél, ubicado en la calle..., que puede ser habilitada mediante la aportación del adecuado mobi-*

liario para servir de sede domiciliaria a la misma familia creada por la demandada y su actual compañero sentimental».

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de abril de 2005. Ambas partes reconocen que la titularidad de la vivienda es de la esposa. Por convenio aprobado por sentencia de separación se atribuye su uso a los hijos comunes de las partes, menores de edad en ese momento, y al progenitor custodio, la esposa. Tras un tiempo de nueva convivencia de las partes, la esposa abandona aquella vivienda pasando a vivir en régimen de alquiler y procediendo posteriormente a la adquisición de un nuevo inmueble, permaneciendo su esposo en la vivienda. En esta situación la esposa solicita el uso de la vivienda familiar. La Sala considera que procede fijar un límite temporal de un año a la atribución del uso de la vivienda familiar, aunque se hayan acreditado problemas de salud en el cónyuge al que se le atribuye, como consecuencia del consumo de alcohol que le lleva incluso a la constante pérdida de trabajos. Declara la Sala que: *«Debe fijarse un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se concreta en el período prudencial de un año desde la fecha de esta sentencia».*

SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 14 de abril de 2005. Procede la atribución de la vivienda familiar a la esposa y a la hija común hasta que ésta alcance la edad de veinticuatro años y, posteriormente, hasta que se liquide la sociedad de gananciales, se atribuirá alternativamente a los esposos.

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 13 de abril de 2005. La demandada no ostenta un interés más necesitado de protección para prorrogar indefinidamente la utilización de la vivienda conyugal, sobre todo cuando la persona con la que convive es propietaria de una vivienda en la que pueden residir junto con los dos hijos nacidos de esta unión. Por ello, el uso se le otorga exclusivamente por dos años.

SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 16 de noviembre de 2004. Procede limitar el uso de la vivienda hasta que la hija mayor de edad se incorpore al mercado laboral y en todo caso cuando ésta cumpla los treinta y dos años. Declara la Sala que esta limitación tiene su razón de ser por ser tiempo más que suficiente para que la hija que convive con su madre termine su carrera y encuentre un trabajo relacionado con ella o pueda dedicarse a cualquier otra actividad.

SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 5 de junio de 2003. Se limita el uso de la vivienda concedido a la esposa y a un hijo, hasta que éste cumpla los dieciocho años, pues aquella es propiedad del marido y con éste convive otro hijo del matrimonio. La Sala confirma la sentencia de instancia. Declara: *«La Juzgadora de instancia ha aplicado correctamente lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 96 del Código Civil, en relación con el párrafo tercero del mismo artículo, para decidir a través de la ponderación del interés más necesitado de protección el uso de la vivienda a favor de la esposa, si bien fijando al efecto un plazo determinado y cierto cual es el que el hijo cuya custodia se le atribuye cumpla los dieciocho años, momento en el que cesará su derecho de ocupación».*

SAP de Navarra, Sección 2.^a, de 1 de septiembre de 2001. La Sala en sentencia de 17-2-1995 establece como límite temporal al uso del domicilio conyugal atribuido a la esposa y a los hijos del matrimonio lo siguiente: *«Que los hijos alcancen independencia económica, contraigan matrimonio, o bien cesen en su convivencia con la madre para hacer vida independiente».* La vivienda es privativa del actor recurrente. Alcanzada la mayoría de edad de los hijos que conviven con su madre en el domicilio familiar, el esposo presenta me-

diente incidente de modificación de medidas que cese el uso y disfrute de la vivienda familiar, atribuida en sentencia de divorcio a favor de su esposa e hijos. La sentencia de instancia estima la demanda en los términos solicitados, reforzando su decisión por la adquisición de la esposa de un patrimonio inmobiliario vía *mortis causa*, determinando un cambio de circunstancias esencial, en relación a la situación que tenía cuando se dictaron las resoluciones precedentes.

Recurrida la sentencia, la Sala dicta sentencia confirmatoria. Declara que: «alcanzar la mayoría de edad no supone alcanzar independencia económica; en estos casos, de necesitar alimentos el hijo mayor de edad pervivirá la obligación de sus progenitores». La Sala confirma la extinción del uso de la vivienda al alcanzar los hijos la mayoría de edad y su razonamiento es el siguiente: «ningún alimentista cuyo derecho se regule conforme a 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 y con exclusión del progenitor con el que no vaya a convivir» (1). La aplicación de este criterio no es sino expresión del carácter temporal que la atribución del uso del domicilio conyugal tiene.

5. SENTENCIAS EN LAS QUE SE DECLARA UN LÍMITE TEMPORAL EN EL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA, CUYA TITULARIDAD ES DE UNO DE LOS CÓNYUGES

SAP de Baleares, Sección 3.^a, de 20 de junio de 2006. La sentencia de 1.^a Instancia decreta la disolución por divorcio del matrimonio y atribuye a la esposa el uso del domicilio conyugal sólo durante el plazo de ocho meses, al tratarse de una vivienda privativa del esposo. Aplica el Juzgado el artículo 96, párrafo 3.º, del Código Civil. La sentencia es recurrida en apelación por la esposa invocando que la atribución del que fuera domicilio conyugal debe prolongarse *sine die*, durante el tiempo que la recurrente presente el interés más necesitado de protección. Resulta por tanto, que si no hay hijos, en principio, la vivienda familiar es para el cónyuge titular. Por consiguiente, la expresión que utiliza la norma citada «podrá acordarse», cuando se refiere al no titular, indica a las claras que no es obligatorio y sólo es una facultad que tiene el Juez, atendidas las circunstancias y su interés fuera el más necesitado de protección.

La Sala indica que el Juez de 1.^a Instancia ha aplicado correctamente la norma, desestimando el recurso y confirmando la sentencia. Declara: «(...) si se deja el uso de la vivienda familiar al no titular, lo es temporalmente, única y exclusivamente por el tiempo que prudencialmente se fije, supuesto que concurre en el caso de autos, no existen hijos y el interés más necesitado de protección es el de la esposa, razón por la cual le atribuye el uso del domicilio conyugal por el plazo de ocho meses, aplicando con toda corrección la norma, por lo que mal cabe atribuirle, como pretende la recurrente, error en la valoración de la

(1) A favor de este argumento, entre otros, MONTERO AROCA, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del art. 96 del CC)*, Valencia, 2002, págs. 104 a 106. Criterio diferente mantiene SALAZAR BORT, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Navarra, 2001, pág. 325, no le parece acertado fundamentar la atribución del uso de la vivienda como una modalidad de manifestación de la deuda de alimentos que los padres contraen frente a sus hijos.

prueba al no considerar que su interés es el más necesitado de protección, siendo que el plazo del uso debe necesariamente ser fijado al pertenecer la vivienda al esposo, lo que impide que sea indefinidamente como pretende la recurrente (...).

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de abril de 2005. Ambas partes reconocen que la titularidad de la vivienda es de la esposa. Por convenio aprobado por sentencia de separación se atribuye su uso a los hijos comunes de las partes, menores de edad en ese momento, y al progenitor custodio, la esposa. Tras un tiempo de nueva convivencia de las partes, la esposa abandona aquella vivienda pasando a vivir en régimen de alquiler y procediendo posteriormente a la adquisición de un nuevo inmueble, permaneciendo su esposo en la vivienda. En esta situación la esposa solicita el uso de la vivienda familiar. La Sala considera que procede fijar un límite temporal de un año a la atribución del uso de la vivienda familiar por el esposo, aunque se hayan acreditado problemas de salud que se le atribuyen como consecuencia del consumo de alcohol que le lleva incluso a la constante pérdida de trabajos. Declara la Sala que: *«debe fijarse un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se concreta en el período prudencial de un año desde la fecha de esta sentencia»*.

SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de noviembre de 2005. Aunque no existen hijos y la vivienda conyugal es propiedad del esposo, se atribuye a la esposa su uso durante tres años por constituir el interés más necesitado de protección: ambos cónyuges padecen esquizofrenia paranoide, pero la esposa además tiene una minusvalía del 66 por 100 y unos ingresos muy inferiores a los del marido. La aplicación con automatismo absoluto de la ley puede provocar situaciones injustas, debiendo valorarse las circunstancias concretas que pueden justificar excepciones a las reglas generales para atribución de uso de la vivienda. Se desestima el recurso planteado por el esposo solicitando que no cabe atribuir el uso de la vivienda conyugal a la demandada, dado que el suyo es el interés más necesitado de protección, subsidiariamente, interesa se limite a un año.

SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 5 de junio de 2003. Se limita el uso de la vivienda concedido a la esposa y a un hijo, hasta que éste cumpla los dieciocho años, pues aquella es propiedad del marido y con éste convive otro hijo del matrimonio. La Sala confirma la sentencia de instancia. Declara: *«la Juzgadora de instancia ha aplicado correctamente lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 96 del Código Civil en relación con el párrafo tercero del mismo artículo, para decidir a través de la ponderación del interés más necesitado de protección el uso de la vivienda a favor de la esposa, si bien fijando al efecto un plazo determinado y cierto cual es el que el hijo cuya custodia se le atribuye cumpla los dieciocho años, momento en el que cesará su derecho de ocupación»*.

6. SENTENCIA EN LA QUE SE MANTIENE LA ATRIBUCIÓN Y USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LA ESPOSA, A PESAR DE QUE EN EL CONVENIO REGULADOR SE ESTABLECIÓ UN PLAZO DE TIEMPO

SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 9 de febrero de 2004. Aunque en el convenio regulador se estableció un plazo de atribución del uso de la vivienda familiar, dado que aún continúan conviviendo los hijos en el mismo, procede su atribución a los mismos sin limitación temporal alguna. La Sala desestima el recurso presentado por el ex marido. Declara: *«la limitación temporal en el*

uso del domicilio conyugal contraviene lo dispuesto en el Código Civil respecto que ha de hacerse en favor del cónyuge con quien convivan los hijos, toda vez que el tiempo fijado en el convenio regulador en modo alguno puede garantizarse que no vulnera esa expectativa de los hijos a residir en el domicilio que fue familiar, mientras convivan con alguno de sus progenitores y no hayan finalizado su período de educación y dependencia paterna».

7. SENTENCIA EN LA QUE NO SE ACCEDE A LA PETICIÓN DE DIVIDIR LA VIVIENDA FAMILIAR EN DOS PARTES. DENEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*

SAP de Málaga, Sección 4.^a, de 31 de diciembre de 2005. Se impugna el pronunciamiento de la sentencia de 1.^a Instancia que desestima la petición formulada para que la vivienda se divida en dos partes. Existe una sentencia condenatoria para el esposo por amenazar a su esposa con quemar la casa con ella dentro, con orden de alejamiento incluida. Argumenta la Sala, *«que no procede acceder a su petición de que la vivienda familiar se divida en dos partes y se acuerde el uso compartido, a pesar de las alegaciones del recurrente que quiere hacer ver que se trató de un hecho aislado y que antes eran un matrimonio sin problemas»*. La Sala confirma la sentencia recurrida, declarando la atribución del uso exclusivamente a favor de la esposa e hija común del matrimonio.

8. SENTENCIA EN LA QUE SE CONTEMPLA UN SUPUESTO ESPECIAL DE ATRIBUCIÓN DEL USO COMPARTIDO DE LA VIVIENDA A AMBOS CÓNYUGES

SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 12 de junio de 2001. Se solicita el uso compartido de la vivienda por no tener capacidad económica independiente cada uno de los cónyuges, significando que no existía violencia entre ambos y que convivían con la hija, manteniendo una relación exenta de conflictividad. Ambas partes, apelante y apelada, muestran su conformidad en este punto, a pesar de que la sentencia apelada, consciente de la problemática que en torno a la misma existía, acabó por no atribuir a ninguno de los cónyuges. Esta problemática viene determinada por la situación de ambos cónyuges, ya que carecen de independencia económica. Los ingresos del matrimonio se sustentan en una pensión del marido que percibe de la Seguridad Social de 93.848 pesetas, y residen en un piso de 54 metros cuadrados. Estos condicionantes económicos y la falta de recursos económicos de la esposa impidió al juzgador de instancia una atribución exclusiva del referido inmueble a uno de los cónyuges por tiempo indefinido, y asimismo rechazó una atribución temporal de la casa a los cónyuges encaminada a la liquidación efectiva del bien ganancial, dado que por la escasa extensión de la vivienda, la renta obtenida no solventaría la solución de alojamiento a ninguno de ellos.

La Audiencia, a la vista de las causas alegadas en la separación y que provocaron la crisis conyugal, y el contenido de los escritos de las notas de vistas, en el cual el propio esposo reconoce *«como solución satisfactoria la de vivir en el mismo inmueble con su ex mujer teniendo cada uno vidas separadas»* declara: *«no observando conflictividad en el mantenimiento de la vida de los interesados en el mismo domicilio, lo que las partes instan, tal y como interesaron expresamente, de conformidad y en los márgenes auspiciados en el artículo 87 del Código*

Civil y por causas de necesidad, se está en el caso de acceder a lo solicitado y acordar la atribución y uso compartido de la vivienda familiar por los dos cónyuges, habida cuenta, además, la presencia en el hogar de la hija común».

9. SENTENCIAS EN LAS QUE SE ATRIBUYE EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR DE FORMA ALTERNATIVA A AMBOS CÓNYUGES HASTA LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 13 de abril de 2004. Recurre la esposa la sentencia de 1.^a Instancia alegando, en síntesis, infracción por aplicación indebida del artículo 96 del Código Civil, considerando que le debió ser atribuido el uso exclusivo de la vivienda familiar al ser el suyo el interés más necesitado de protección. No lo estima así la Sala, desestimando el recurso presentado. Confirma que no debe modificarse la medida adoptada: el uso anual y alternativo de la vivienda común por sus dos titulares hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, habida cuenta además que la hija común convive con el padre. Concluye la Sala: *«Tal decisión tiene un claro fundamento en las previsiones y pautas marcadas por el artículo 96 del Código Civil, y además en el orden práctico contribuirá a una pronta liquidación del patrimonio ganancial, como desean ambas partes».*

SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 9 de mayo de 2002. La Sala desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de 1.^a Instancia. El matrimonio no tiene hijos y fue de escasa duración, por ello atribuye el uso de la vivienda alternativamente a las partes hasta la liquidación de los bienes gananciales. *«Procede desestimar el presente recurso ... ya que, en efecto, en este matrimonio no hubo hijos, es de escasa duración y, de lo actuado, no se aprecia un interés preferente en ninguno de los cónyuges, por ello, debe atribuirse el uso alternativamente a las partes, es correcto el plazo concedido para tales usos y ello favorecerá la pronta liquidación de los gananciales».*

10. SENTENCIAS EN LAS QUE NO SE CONTEMPLA LA ATRIBUCIÓN DEL USO ALTERNATIVO DE LA VIVIENDA A AMBOS CÓNYUGES

SAP de Badajoz, Sección 3.^a, de 21 de junio de 2006. Solicita el esposo, en grado de apelación, el uso de la vivienda familiar de forma compartida y periódica y, en su caso, subsidiariamente, que se atribuya durante un año a la esposa. Argumenta la Sala la improcedencia de acceder a lo solicitado, habiéndose demostrado el interés más necesitado de protección de la esposa.

Señala la Sala: *«Que procede denegar la atribución de dicho uso de forma compartida y periódica, cual solicita el recurrente, ya que la mera situación de conflicto familiar patentizada en el presente proceso, hace desaconsejable la coexistencia que pudiera derivarse de tal uso del inmueble, por demás molesto y originador, sin duda, de mayores enfrentamientos entre ambos, por lo que procede mantener la atribución de su uso con carácter exclusivo a la esposa, por ser, sin duda, el interés más necesitado de protección en el presente caso (...) y con la que queda habitando el hijo del matrimonio, aun no independiente ni familiar ni económicamente, puesto que el artículo 96 del Código Civil atribuye el uso de la vivienda conyugal y de los objetos de uso diario de ella, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, y, como criterio subsidiario, le atribuye a favor del cónyuge*

cuyo interés esté más necesitado de protección, cual se desprende asimismo del artículo 103.2.º del Código Civil».

Respecto a la petición subsidiaria del esposo, es muy firme la Sala siguiendo el hilo conductor anterior para denegar lo solicitado. Señala: *«Dadas las circunstancias personales del hijo que queda en compañía de la madre, y que aún cursa 4.º de ESO, por lo que es de prever que todavía tiene por delante una larga y necesaria preparación de formación profesional (...) hasta que pueda alcanzar dicha autonomía económica e independencia familiar».*

SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 18 de febrero de 2004. No procede el uso por períodos alternos de la vivienda. Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, al ser el interés de ésta el más necesitado de protección, dado el padecimiento de una patología depresiva que la ha llevado a tres intentos de suicidio.

La sentencia de instancia estima en parte la demanda de modificación de las medidas adoptadas en los autos de separación en lo relativo al uso y disfrute de la vivienda familiar (la hija menor del matrimonio reside con su abuela en otra ciudad), acordando que desde la fecha de la misma el uso será por períodos alternos anuales, comenzando por la esposa. Recurrida la sentencia, analiza la Sala el interés más necesitado de protección, el aspecto económico y personal de los esposos. El padecimiento por la esposa de una patología depresiva de carácter crónico —aunque en principio no le impide desarrollar una actividad laboral— sí debe tenerse en cuenta y ser valorado a la hora de analizar cuál sea el interés más necesitado de protección, que indudablemente es la demandada. Considera la Sala la conveniencia de denegar la modificación pretendida, y por tanto, el mantenimiento de la medida en su día acordado de atribuir el uso y disfrute del que fue hogar conyugal a la esposa, por ser el interés más necesitado de protección.

SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 24 de julio de 2003. Se confirma la sentencia de 1.ª Instancia. No se considera factible la atribución alternativa de la vivienda por semestres a uno y otro cónyuge que postula el marido por lo problemático de la medida, ya que son evidentes las dificultades y los trastornos que tal régimen entraña. Mantiene la Sala la atribución de uso de la vivienda familiar a la esposa (con ingresos sensiblemente inferiores a los del marido) y a los hijos del matrimonio que, aunque mayores de edad, no han alcanzado la plena independencia económica.

11. SENTENCIA EN LA QUE NO SE CONTEMPLA EL USO ALTERNATIVO DE LA SEGUNDA RESIDENCIA PORQUE NO CONSTITUYE DOMICILIO FAMILIAR

SAP de Madrid, Sección, 24.ª, de 30 de noviembre de 2006. En la parte dispositiva de la sentencia de divorcio contencioso, entre otros pronunciamientos, la sentencia acuerda atribuir el uso alternativo a ambos cónyuges de la segunda residencia que posee el matrimonio en la provincia de Marbella, por períodos de seis meses.

Recurrida en apelación la sentencia, la Sala en este punto revoca la sentencia del Juzgador de Instancia. Declara al respecto: *«El primer motivo del recurso que se deduce por la parte actora, que va referido al uso de vivienda que no constituye domicilio familiar, ha de ser estimado, con revocación de la sentencia de instancia, toda vez que, como con acierto sostiene la parte, la única atribución de uso que se contempla en el Código Civil, lo es al amparo del artículo 96*

del mismo, y lo es de la vivienda familiar, y a efectos de mero asentamiento, de donde excede del ámbito del derecho de familia la atribución alternativa hecha, sin perjuicio de lo que resulte del proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales».

12. SENTENCIA QUE CONTEMPLA COMO VIVIENDA FAMILIAR LA PRIVATIVA DE LA ESPOSA DONDE VENÍA RESIDIENDO EL MATRIMONIO, A PESAR DE EXISTIR OTRA VIVIENDA PROPIEDAD DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 23 de enero de 2007. El matrimonio venía residiendo, hasta la fecha de instar el procedimiento de separación matrimonial, en una vivienda que ha devenido privativa de la esposa en virtud de un contrato vitalicio concertado con sus padres. El matrimonio tiene otra vivienda de carácter ganancial. Impugna la esposa la sentencia de 1.^a Instancia que fija el domicilio familiar en la vivienda que venía residiendo el matrimonio. La Sala confirma la sentencia.

Fundamenta su decisión señalando que: *«En la pretensión de la esposa no se aprecia un verdadero interés familiar, sino más bien un puro y privado interés económico con vistas a la futura liquidación de la sociedad económica matrimonial»*. Argumenta la Sala que lo único ahora importante es determinar el domicilio familiar para que en él continúen viviendo los hijos en compañía de la madre. Concluye la Sala: *«Su derecho de propiedad es actual y además viene siendo el domicilio real de la familia, por lo que es correcto mantenerlo así, con independencia de la existencia de otra casa que también pudo ser domicilio, pero no lo es ni necesita serlo en la actualidad»*.

13. SENTENCIA EN LA QUE SE CONTEMPLA LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA ATRIBUIDA A DOS HIJOS MAYORES DE EDAD, POR PODER ACCEDER ESTOS AL MERCADO LABORAL

SAP de Alicante. Sección 4.^a, de 13 de junio de 2001. Se produce la extinción del uso de la vivienda atribuida en sendas sentencias de separación y divorcio a dos hijos mayores de edad. La Sala declara la extinción del derecho de uso de la vivienda concedida a los hijos mayores de edad, aunque no conste que en la actualidad ejerzan empleos regulares, ya que con independencia de la posibilidad de que realicen actividades retribuidas de otro tipo, tampoco se encuentran cursando estudios, debiendo entenderse que ya han accedido al mercado laboral, no pudiendo afirmarse por tanto que el interés de aquellos sea el más necesitado de protección.

14. SENTENCIAS EN LAS QUE SE CONTEMPLA LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO EL HIJO YA ES INDEPENDIENTE ECONÓMICAMENTE, Y EN DICHO DOMICILIO SE HA CONSTITUIDO EL NUEVO NÚCLEO FAMILIAR DE LA EX ESPOSA Y SU NUEVO ESPOSO

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 6 de octubre de 2004. Se estima el recurso contra la sentencia de 1.^a Instancia. Consideración del convenio como vinculante para las partes en aquellas materias que pueden ser objeto de libre

disposición por los contratantes, como es, entre otras, la vivienda conyugal. Procede extinguir el derecho de uso de la vivienda, propiedad exclusiva del esposo, por incumplimiento de la beneficiaria de la obligación asumida en su día en el convenio regulador de no mantener ninguna convivencia con tercero en dicho inmueble.

SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de septiembre de 2002. El recurso que interpone la ex esposa no prospera y se confirma la sentencia de instancia. Declara la Sala que, *«al ser la vivienda copropiedad de ambos consortes y ser el hijo mayor de edad y económicamente independiente, ha perdido la finalidad por la que aquél fue atribuido y no puede olvidarse ni desconocerse que la asignación del uso de la vivienda familiar concurriendo tales circunstancias nunca puede tener carácter indefinido»*. Doctrina, indica, que vienen sosteniendo la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales (citando gran número de sentencias). Y en el mismo sentido cita la STS de 23 de noviembre de 1998. Finalmente la Audiencia declara, *«pero es más, y ello es realmente trascendente, el piso de constante alusión ha perdido en el supuesto, objeto de examen, el carácter propio de domicilio familiar y por mor del cual fue atribuido a la esposa y al hijo del actor-apelado, toda vez que en el mismo habita una familia distinta de la constituida en su día por los aquí litigantes y su hijo, al haberse casado nuevamente la demandada y servir tal vivienda de morada al nuevo núcleo familiar. En consecuencia, procede asimismo ratificar en este concreto extremo la resolución apelada que declara extinguida la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa e hijo del demandante»*.

15. SENTENCIA EN LA QUE SE CONTEMPLA EL MANTENIMIENTO DE LA ATRIBUCIÓN Y USO DE LA VIVIENDA A LA ESPOSA, HASTA QUE LOS HIJOS QUE CON ELLA CONVIVEN SEAN INDEPENDIENTES ECONÓMICAMENTE

SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 12 de mayo de 2005. Revoca la Sala el pronunciamiento de instancia que atribuía el uso de la vivienda hasta que las hijas alcanzaran la mayoría de edad. Declara la sentencia que el uso del domicilio familiar y la pensión de alimentos de las hijas subsistirá, aún alcanzada la mayoría de edad, mientras convivan en el domicilio familiar y carezcan de independencia económica y se den los demás requisitos legales y jurisprudenciales al respecto.

16. SENTENCIA QUE MODIFICA LA ATRIBUCIÓN Y USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A FAVOR DE LA MENOR POR EL CAMBIO DE GUARDA Y CUSTODIA

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de febrero de 2003. El matrimonio se separa de mutuo acuerdo y en el convenio regulador de 15-6-1992 se atribuye la guarda de la hija menor a la madre; se fijan alimentos a cargo del padre y se atribuye a la esposa e hija el uso y disfrute de la vivienda familiar. El proceso de divorcio fue contencioso, el padre pretendía que se atribuyese a él la guarda y custodia de la hija. Se dicta sentencia el 19-6-1996. Se mantiene la custodia de la hija a la madre y se atribuye el domicilio familiar a la esposa, sin mencionar a la hija como beneficiaria del uso, y fijó contribución económica a las cargas del matrimonio a cargo del ex marido.

En el año 2000 la hija decide pasar a residir con su padre, a cuyo efecto abandonó la que había sido la vivienda familiar. Ante este nuevo hecho, el ex marido presenta demanda el 14-4-2001 para modificar los efectos de la sentencia de divorcio. Solicita que se confirme la situación de hecho, se atribuya la guarda y custodia de la hija al padre y se atribuya a éste y a la hija el uso de la vivienda familiar. Se opuso su ex esposa y convocadas las partes a juicio, llegaron el mismo a un acuerdo «que fue aprobado» y recogido en la sentencia de 10-10-2001. En dicha sentencia y en virtud del acuerdo alcanzado se atribuyó la guarda y custodia de la hija menor al padre, se fijaron alimentos a cargo de la madre, y por lo que concierne a la vivienda familiar, se atribuyó a la ex esposa pero sólo hasta el 30 de enero de 2002. Antes de dicha fecha debía procederse a la tasación de la vivienda, de modo que llegada esta fecha, el inmueble se adjudicase a aquel de los consortes que mayor precio ofreciese por la mitad indivisa del otro.

Llegado el 30 de enero, la ex esposa no pudo cumplir el pacto porque ya no era dueña de la mitad indivisa, la había perdido a consecuencia de un juicio ejecutivo en 1998 que había sufrido por impago de un préstamo. En esta situación, el ex esposo presenta demanda solicitando que se atribuya el uso de la vivienda a la hija y a su padre, invocando exclusivamente la imposibilidad de cumplimiento del pacto que hemos referido. Argumenta que todo había sido una maquinación de la esposa para evitar la disolución de la copropiedad evitando el uso a favor de la hija menor. En definitiva, la única razón en la que el demandante funda en este litigio su petición de que se le atribuya el uso de la vivienda familiar es la circunstancia de tener atribuida la guarda y custodia de la hija menor. Razón que el Juzgado acogió.

Impugnada la sentencia, la Sala determina que habrá que examinar los motivos de la hija para considerar si ha lugar o no al cambio de la vivienda, lo que deberá denegarse si el cambio es inmotivado o caprichoso. Indica que con ese fundamento exclusivo (decisión de la hija de vivir con el otro progenitor), no puede aceptarse la medida de cambio de uso de vivienda familiar. Sin embargo en el presente caso, la parte demandada no ha opuesto que estemos ante un cambio arbitrario por parte de la hija, más bien, al contrario, la madre ha manifestado respeto hacia la decisión de su hija. La Sala, ante esta situación, confirma la decisión del Juzgado, aunque no, desde luego, porque las cosas sean, sin más, como entiende la sentencia apelada, sino porque la demandada no ha alegado que estemos en un supuesto de cambio inmotivado o caprichoso por parte de la hija, tema que no ha sido introducido en el debate procesal.

17. SENTENCIA QUE NO MODIFICA LA ATRIBUCIÓN Y USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A FAVOR DE LA MENOR POR EL CAMBIO DE GUARDA Y CUSTODIA

SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2005. Brevemente señalar que son las circunstancias concurrentes en el caso las que determinan la decisión de la Sala. Argumenta que el cambio en la guarda y custodia de la menor no tiene por qué llevar automáticamente a la aplicación del artículo 96 del Código Civil respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando el padre, que es a quien se le atribuye la custodia, convive con su compañera sentimental y dos hijas en otro domicilio.

18. SENTENCIAS EN LAS QUE SE CONTEMPLA LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR SU NO USO

SAP de Palencia, de 17 de mayo de 2005. Revoca la Sala la sentencia impugnada. Declara que no procede la atribución del uso de la vivienda a la esposa, ya que consta que ella reside en casa de sus padres en otra población distinta, por lo que es más ajustado atribuir dicho uso al esposo que sí reside en la localidad donde se halla la finca. No existen hijos en el matrimonio.

SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 25 de junio de 2004. No prospera el recurso. No procede atribuir el uso de la vivienda familiar al esposo y a la hija, ya que no residen en la ciudad donde se ubica aquélla, siendo indiferente que como manifiesta aquél, la residencia actual en otra ciudad sea meramente provisional.

SAP de León, Sección 3.^a, de 3 de junio de 2004. Se modifica el uso de la vivienda que fue familiar, a favor del esposo, por falta de utilización por la esposa e hijas, no siendo procedente la atribución a éstas para usarla sólo en temporadas o fines de semana. Confirma la sentencia de 1.^a Instancia.

SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 3 de octubre de 2003. Extinción de la atribución del uso de la vivienda, ya que la esposa no habita la misma, habiéndose desplazado a otra ciudad, sin que pueda tener trascendencia la alegación de que dicha situación es transitoria y provisional por obedecer a la necesidad de atender a la madre y a la abuela, siendo significativo, a estos efectos, que el menor acuda al colegio en dicha ciudad y no donde está la vivienda familiar. La Sala declara que *«procede estimar dicho motivo del recurso y dejar sin efecto el derecho del artículo 96 concedido a la madre, si bien, ello tendrá escasa repercusión práctica atendido el desalojo de la vivienda por la demandada en el curso de un procedimiento de desahucio por precario habida en fecha reciente anterior»*. No obstante, concluye la sentencia con una declaración un tanto sorpresiva, ya que a la vez deniega la atribución al esposo de dicha vivienda conyugal por cuanto no se aprecia motivo alguno para ello, atendiendo al hecho de que la guarda y custodia del hijo menor corresponde a la madre.

SAP de Alicante, Sección 4.^a, de 17 de julio de 2003. Se extingue la atribución del uso de la vivienda familiar al no utilizarla la hija ni la madre a quien se le concedió, hechos acreditados por los recibos de agua y luz. La resolución judicial de instancia acogió en parte la demanda de modificación de medidas promovida por el actor, declarando extinguido el derecho de uso de la vivienda otorgado a la demandada y a la hija menor del matrimonio en el proceso de separación. Confirma la Sala la resolución judicial. Declara que ha quedado probado a través de la prueba documental y testifical practicada el consumo inapreciable de agua y luz a partir del tercer trimestre de 2002. Se ha demostrado que la recurrente ya no utiliza la vivienda familiar y dispone de una nueva donde reside con la hija del matrimonio y su compañero sentimental.

19. SENTENCIA EN LA QUE NO SE ATRIBUYE EL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA A LA ESPOSA POR PERTENECER A LOS PADRES DEL ESPOSO

SAP de Lugo, Sección 2.^a, de 15 de abril de 2005. Confirma la Sala la sentencia de 1.^a Instancia. La Sala estima que, teniendo en cuenta que la vivienda familiar pertenece a los padres del esposo, se considera adecuado,

a fin de evitar futuros procedimientos, no atribuir el uso de la vivienda a la esposa y en cambio elevar la cuantía de la pensión compensatoria.

20. SENTENCIA EN UN SUPUESTO EN QUE LA SEGUNDA VIVIENDA SE CONSIDERA DOMICILIO FAMILIAR

SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 15 de junio de 2004. Interesa la recurrente que se suprima la atribución del uso de una vivienda a su esposo aduciendo que la misma es privativa y no tiene carácter de domicilio habitual. Se desestima el recurso interpuesto. Analiza la Sala el contenido de domicilio familiar. Afirma: *«que la segunda vivienda, sin duda alguna, ha de considerarse domicilio familiar, pues aun cuando su uso se limite a los fines de semana y tiempo de vacaciones, pues ésta es su finalidad, continúa contemplándose como un bien adscrito al servicio del conjunto familiar, y siendo esto así, resulta que las respectivas viviendas privativas de cada uno de los esposos estaban destinadas a domicilio familiar»*, concluye: *«que parece lo más adecuado atribuir al esposo el uso de la vivienda porque ello redundará, en definitiva, en beneficio de los menores en el tiempo que pasen en compañía de su padre»*.

21. SENTENCIAS EN LAS QUE LA SEGUNDA VIVIENDA NO SE CONSIDERA VIVIENDA FAMILIAR

SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 12 de mayo de 2005. La Sala desestima el recurso planteado. Declara que no procede en el procedimiento matrimonial hacer atribución de uso de una vivienda que no constituye domicilio familiar, y menos aun cuando además se encuentra alquilada a un tercero. Las rentas del alquiler de una segunda vivienda pertenecen a la sociedad de gananciales y no pueden ser atribuidas a un solo cónyuge.

SAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 18 de mayo de 2005. La Sala desestima el recurso planteado. Solicitaba el marido el uso exclusivo de una segunda vivienda propiedad de ambos cónyuges. Declara la Sala que no ha lugar a atribuir al esposo el uso en exclusiva del otro inmueble propiedad de la sociedad de gananciales y que no constituye vivienda familiar, sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación que de la sociedad de gananciales se realice.

SAP de Cádiz, Sección 1.^a, de 11 de febrero de 2004. No teniendo el carácter de familiar la vivienda respecto a la cual la esposa solicita la atribución de su uso, no puede por vía del artículo 96 del Código Civil procederse a tal atribución. A esta conclusión llega la Sala en la sentencia, quedando la disputada vivienda al margen del estatuto regulador del divorcio, y sometida como el resto de los posibles bienes del matrimonio, al proceso de liquidación de la extinta sociedad de gananciales.

22. SENTENCIA EN LA QUE NO SE ATRIBUYE EL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA A LA ESPOSA POR RESIDIR CON SUS PADRES EN UNA LOCALIDAD DISTINTA A LA VIVIENDA FAMILIAR

SAP de Palencia, de 17 de mayo de 2005. Revoca la Sala la sentencia impugnada. Declara que no procede la atribución del uso de la vivienda a la esposa, ya que consta que ella reside en casa de sus padres en otra población

distinta, por lo que es más ajustado atribuir dicho uso al esposo que sí reside en la localidad donde se halla la finca. No existen hijos en el matrimonio.

23. SENTENCIA EN LAS QUE SE PRIVA DEL USO DE PARTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL EX ESPOSO, EN ATENCIÓN A QUE HAY QUE PONER REMEDIO A UNA SITUACIÓN DE ANÓMALA PROXIMIDAD, ORIGEN DE CONTINUOS CONFLICTOS ENTRE LOS EX CÓNYUGES

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 29 de abril de 2004. Uso compartido de una vivienda (propiedad de la ex mujer) de dos plantas, que venían utilizando hasta la sentencia de divorcio ambos cónyuges. Motivos del recurso: el ex esposo pidió revocar el pronunciamiento de la sentencia de divorcio que atribuye a la actora el uso de la totalidad de la vivienda, sin reconocer al ex esposo el uso de toda o parte de la mencionada finca que venía usando hasta esa fecha.

Alega el recurrente ser cosa juzgada por incidir las identidades de personas y cosas, y causas de pedir (ya se discutió este punto en sentencia de separación y modificación de efectos de separación) y pidió revocar el pronunciamiento de la sentencia de divorcio que atribuye a la actora el uso de la totalidad de la finca. La Sala confirma la sentencia. Declara: *«que la cosa juzgada material presenta en Derecho de Familia características propias que la someten a revisión por alteración sustancial de las circunstancias, para lo cual hay que estar a lo que en cada momento se alegue y pruebe, respecto a las medidas complementarias dictadas en anteriores procedimientos de medidas provisionales, o definitivas, de separación o divorcio ... cuando esto ocurre, no hay incongruencia en los fallos ni violación de cosa juzgada material, si la resolución judicial posterior responde a situaciones fácticas distintas de las contempladas en procesos anteriores»*. Partiendo de esta premisa desestima el recurso presentado por el ex esposo, ya que no se trata de la posibilidad de ocupar dos viviendas, sino de poner remedio a una situación de anómala proximidad origen de continuos conflictos entre ellos.

24. SENTENCIA QUE ATRIBUYE EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL ESPOSO, EN CUYA COMPAÑÍA HAN QUEDADO LOS HIJOS DEL MATRIMONIO, AUNQUE EL MATRIMONIO POSEA VARIAS VIVIENDAS EN LA MISMA CIUDAD. CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 96 SALVO LA EXISTENCIA DE PREVIO ACUERDO JUDICIALMENTE APROBADO

SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 22 de junio de 2006. Se desprende del relato de los hechos, por no haber tenido acceso a la sentencia de 1.^a Instancia lo siguiente: El Juez *a quo* no determina en el fallo de la sentencia la atribución de la vivienda que venía constituyendo el hogar familiar por concurrir la existencia de varias viviendas del matrimonio y el cónyuge (padre), a cuyo cuidado y custodia quedaron los hijos, no solicitó tal atribución en su Escrito Expositivo. La Sala argumenta que esas circunstancias concurrentes resultan irrelevantes para evitar pronunciarse la sentencia sobre la atribución del uso de la vivienda familiar.

Se pronuncia la Sala sobre ambas cuestiones. Señala que es indiferente que los cónyuges tuvieran un importante patrimonio inmobiliario, también que resulta irrelevante si el cónyuge al cuidado del cual quedaron los hijos haya solicitado o no la atribución del uso de la vivienda familiar, ya que esta

medida, en cuanto afecta a los hijos menores, puede adoptarse de oficio por el Órgano Jurisdiccional.

Concluye la Sala: «Luego, si la guarda y custodia sobre los hijos menores habidos en el matrimonio se han atribuido al padre habrá de ser a los hijos y a don M. A. a quienes se adjudique el uso de la vivienda familiar conforme dispone el artículo 96, precepto cuya aplicación es imperativa salvo —insistimos— la existencia de previo acuerdo judicialmente aprobado. Por tanto y en la medida en que el Juez de instancia, en la sentencia recurrida, ha omitido toda decisión sobre la atribución del domicilio familiar, dicha omisión habrá de ser integrada adicionando a las medidas adoptadas en el fallo de la misma, la siguiente: se atribuye a los hijos habidos en el matrimonio y a don M. A. —cónyuge en cuya compañía quedan— el uso de la vivienda familiar sita en...».

RESUMEN

VIVIENDA FAMILIAR

La más reciente doctrina de las Audiencias Provinciales determina que en aquellos casos de crisis matrimonial (léase nulidad, separación o divorcio) ha de hacerse la atribución y uso de la vivienda familiar, aplicando la norma del artículo 96, párrafo 3.º («No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de la vivienda familiar, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»), atendiendo al interés más necesitado de protección, en concordancia con el interés familiar prescrito en el artículo 103.2.º, considerado como un principio general del Derecho que debe informar la aplicación de las normas que afectan a esta materia.

ABSTRACT

FAMILY HOME

The latest provincial appellate court doctrine finds that in cases of matrimonial crisis (i.e. annulment, separation or divorce) the assignment and use of the family home must be done by applying article 96.3 («There being no children, it may be accorded that use of the family home, for a prudently set time, falls to the non-owner spouse, provided that the circumstances make this advisable and that said spouse's interest is the one that most needs protection»), in view of the interest that most needs protection, in concordance with the family interest under article 103.2, considering this as a general legal principle that must shape the application of the rules affecting these matters.