

Titularidad y atribución  
de uso de la vivienda familiar  
(Problemas prácticos y propuestas  
de reforma de una regulación  
inadecuada)

*Ownership and awarding of the use  
of family dwelling  
(Practical problems and reform  
proposal on an inadequate regulation)*

por

MARÍA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ  
*Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Córdoba*

**RESUMEN:** El tiempo y la realidad práctica han demostrado la insuficiencia de la regulación de esta materia tan propia del derecho de familia como es la atribución del uso de la vivienda habitual en los supuestos de crisis matrimonial. Los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, en particular el derecho a la vivienda y, como consecuencia de ello, el especial estatuto protector que las Leyes de reforma de 1981 dispensaron al domicilio de los que fueron cónyuges y a los hijos comunes han resultado, con el tiempo, fuente inagotable de resoluciones judiciales en las que el juzgador se mueve en un terreno inexplorado. El juez debe valorar múltiples circunstancias en cada caso concreto

como consecuencia de la aplicación de normas incompletas que resuelven solo parcialmente y a favor de sujetos determinados los efectos personales y económicos de las situaciones de crisis matrimonial. La gratuidad de la atribución del uso de la vivienda en perjuicio incluso del único titular de la misma se ve agravada con la entrada de la nueva pareja del usuario en la misma. El erróneo tratamiento del sobrevalorado interés del menor como único criterio que el Código civil recoge para la atribución, da lugar, en la práctica, a otros perjuicios que al final le repercuten igualmente, por lo que se hace necesaria y urgente una reforma de esta materia.

*ABSTRACT: Time and practical reality have shown the inadequacy of the regulation on the matter of assigning the use of the primary residence at times of marriage crisis situations, such a core matter of family law. The fundamental rights drawn up in the Constitution, specifically the right to housing, and, as a consequence of that right, a special protective statute in the law reform of 1981, released the home to the former spouses and their children, which over time, has resulted in an endless source of judicial resolutions in which judges find themselves in explored territory. The judge must evaluate multiple circumstances in each specific case as a consequence of the application of incomplete laws that settle only partially and in favor of certain subjects when it comes to personal belongings and financial situations from the marriage crisis. Assigning the use of the home gratuitously, in detriment to the only deed holder of said home, is compounded upon the arrival of the home user's new partner. The flawed approach of the overestimated interest of the minor as the only criterion recognized in the Civil Code for assignation, leads to other prejudices in practice, which equally impact the owner. This is why an urgent and necessary reform on this matter is needed.*

**PALABRAS CLAVE:** Crisis matrimonial. Vivienda. Atribución de uso. Menores. Convivencia con un tercero. Compensación económica. Limitación temporal.

**KEY WORDS:** *Marriage crisis. Home. Use assignation. Minors. Coexistence with a third party. Financial compensation. Temporary limit.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—III. LA VIVIENDA DEBE SERVIR AL INTERÉS DEL GRUPO FAMILIAR EN SU CONJUNTO.—IV. BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE USO.—V. EL SENTIDO DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE

LA VIVIENDA FAMILIAR. UN GIRO JURISPRUDENCIAL EN LA BÚSQUEDA DE SU VERDADERO OBJETIVO.—VI. LA JURISPRUDENCIA ANTE EL HECHO DE LA CONVIVENCIA EN PAREJA EN EL DOMICILIO QUE FUE VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA.—VII. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ANTE LA CIRCUNSTANCIA SOBREVENIDA DE LA CONVIVENCIA DE UN TERCERO EN LA VIVIENDA: 1. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO CONTRAPRESTACIÓN AL USO DE LA VIVIENDA. 2. LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA ATRIBUCIÓN, AUN EXISTIENDO MENORES.—VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE REFORMA.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

En principio puede parecer que la regulación del artículo 96 del Código civil es completa y suficiente cuando señala que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Por el contrario, este precepto resulta absolutamente insuficiente y se revela como portador de soluciones en muchos casos injustas cuando se desciende a la realidad práctica. Tras una separación o un divorcio es lo habitual que, cuando hay hijos, la atribución del uso de la vivienda se haga a la madre y a aquellos, entendiendo que atender al criterio del interés del menor implica necesariamente el desplazamiento del otro progenitor a otro domicilio. Incluso cuando la vivienda habitual es de titularidad exclusiva del no adjudicatario, el principio general es el de la gratuidad del uso, aún cuando no disponga de medios suficientes para afrontar el pago de un alquiler o se haga cargo de la hipoteca que grava la vivienda, sin olvidar que deberá hacer frente a la obligación de alimentos respecto de los hijos y, en su caso, de la pensión compensatoria que pudiera haberse establecido a favor del excónyuge. Por otra parte, como será objeto de estudio en este trabajo, no será infrecuente que entre en escena un tercero que conviva con el adjudicatario en la vivienda. Si hablamos de menores, hablamos de padres jóvenes o relativamente jóvenes que en un momento u otro desearán rehacer sentimentalmente su vida, lo que es perfectamente entendible, como también lo es que el progenitor no usuario que es titular o cotitular de la vivienda vea esta situación como injusta, sin hablar del perjuicio económico que objetivamente produce.

La rigidez del artículo 96 del Código civil, que implica una atribución directa al cónyuge custodio, la indefinición temporal del uso cuando hay hijos y la necesidad del consentimiento del usuario para disponer de la vivienda aún cuando sea de titularidad exclusiva del no adjudicatario, ha determinado que los fallos jurisprudenciales en relación a esta materia —puesto que la actuación

del juez está limitada por la norma—, lleven en muchas ocasiones a situaciones injustas, por lo que resulta cuanto menos obligado plantearse la insuficiencia del Código en este punto y la necesidad de su reforma.

Entiendo que se trata del anuncio de una reforma legislativa que no tardará en llegar, necesaria ante la insuficiente regulación del artículo 96 del Código civil y que responda a todos los intereses en conflicto. El propio TS (SSTS de 3 de abril de 2014, 2 de junio de 2014 y 18 de mayo de 2015) ha pedido una nueva regulación de esta materia, y «valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del artículo 96 del Código civil, especialmente en algunos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusable una nueva y completa regulación».

## II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El Tribunal Supremo no mantenía una doctrina uniforme: Derecho real (STS de 20 de mayo de 1993), pero hay que atribuirle las características del uso conforme a los artículos 523 y siguientes del Código civil; Derecho oponible «erga omnes», pero no derecho real (STS de 31 de diciembre de 1994); Derecho de naturaleza «sui generis» (STS de 11 de diciembre de 1992); Derecho no real (STS de 29 de abril de 1994), que se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a los cónyuges.

Sin embargo, posteriormente, y tras numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales y del propio Tribunal Supremo, vacilante<sup>1</sup> en cuanto a la naturaleza del derecho de uso, el Alto Tribunal ha venido a unificar la jurisprudencia anterior, evitando de esta forma la interposición de recursos de casación sobre la materia alegando como motivos la existencia de sentencias contradictorias aportadas en alegación del interés casacional. Así, en la STS de 18 de enero de 2010 se afirma con rotundidad, en su Fundamento de Derecho Sexto que «De la naturaleza del derecho de uso se va a deducir una importante conclusión: *el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real*»<sup>2</sup>.

El artículo 96 del Código civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el

ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario».

Esta doctrina se reproduce en la STS de 14 de enero de 2010 y se reitera en la de 22 de noviembre de 2010 en los siguientes términos: *el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección*. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RRDGRN de 27 de agosto y 10 de octubre de 2008).

El Tribunal Supremo sienta la doctrina anteriormente expuesta por cuanto debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular, no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a este en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato.

En el mismo sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene la siguiente doctrina: «...*El derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real*, pues la clasificación de los derechos reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como es la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento (resolución de 14 de mayo de 2009).

En todo caso, la Dirección General se empeña en recalcar que, independientemente de la naturaleza que se otorgue a la atribución judicial del uso, la finalidad de la misma «constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH» (resolución de 10 de octubre de 2008). Del mismo modo, en

la citada más arriba, se reitera: «...el contenido del derecho de uso consiste, además de en el derecho ocupacional, en la exigencia que se impone al cónyuge titular del dominio de contar con el consentimiento del titular del uso para la enajenación de la vivienda.

Resulta obvio que cuando el uso corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de la vivienda, es evidente que en ningún caso se producirá la enajenación sin su consentimiento: «...sin que, por consiguiente, resulte necesario recabar el consentimiento del excónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso. En definitiva, la facultad de limitar la libre disposición de la vivienda forma parte del contenido del derecho de uso que solo a su titular corresponde».

Reitera la misma doctrina, la resolución de 18 de noviembre de 2009: «... *el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real*, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar»

También la resolución de 19 de julio de 2011: «...*no es un derecho real*, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que, se estima, no habiendo, hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. No se establecen más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como de disposición de la vivienda.

La anteriormente citada resolución de 18 de noviembre de 2009 señala que el carácter familiar de la atribución del uso impone consecuencias especiales como son la duración del mismo —que puede ser variable—, así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Como ocurre frecuentemente con los derechos de tipo familiar, una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento.

### III. LA VIVIENDA DEBE SERVIR AL INTERÉS DEL GRUPO FAMILIAR EN SU CONJUNTO

El particular estatuto de protección jurídica que se concede a la vivienda familiar cristalizado en el derecho de uso o atribución de uso de la misma, es natural secuela de la concurrencia de distintas normas constitucionales, todas ellas convergentes a la satisfacción de los intereses superiores que derivan de

la concepción del hombre como un ser social, dentro de un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.º de la Constitución de 1978).

Efectivamente, los derechos de uso o de atribución de uso de la vivienda familiar, responden a un doble principio constitucional:

a) Uno de carácter general, el derecho a la vivienda, proclamado por el artículo 47 de la CE de 1978: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...».

b) Otro específico, el derecho a la protección de la familia, proclamado por el artículo 39.1: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Además de asegurar en este contexto de la protección familiar «la protección integral de los hijos» (art. 39.2 CE) y el derecho del hombre y la mujer «a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», acogiendo a la ley que lo regula (art. 32 CE).

Si, de una parte, la propia Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada, pero su contenido viene determinado por la función social que lo delimita (art. 33); y de otra parte, la vivienda constituye la base física indispensable para el desarrollo de la vida familiar, habremos encontrado fuertes razones constitucionales para justificar el especial estatuto protector de la vivienda familiar, cualquiera que sea el cónyuge propietario o la naturaleza del contrato o derecho básico del que deriva el derecho al uso de aquella. Consecuencia del mandato constitucional, las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, introducen diversos preceptos en el Código civil que, aparte de incidir en el problema general del derecho a la vivienda, suponen una adaptación de este derecho a las necesidades del grupo familiar, en armonía con el doble aspecto constitucional del problema, antes reseñado.

Sin embargo, este especial estatuto protector no puede redundar directamente en el perjuicio de uno de los miembros del grupo familiar, pues la vivienda sirve a los intereses del grupo en su conjunto. Es un bien adscrito no a uno de los componentes de la familia, sino al servicio del conjunto familiar y, en los casos de secesión conyugal o imposibilidad de convivencia conjunta, a uno u otro de los esposos y a los hijos, en su caso. La Ley contempla la vivienda familiar como un concepto no patrimonial, como mero asentamiento o ubicación del ente pluripersonal que constituye la familia, independientemente del origen o titularidad del inmueble sustrato de la vivienda. Es una especie de propiedad familiar que trasciende a los propios esposos, una propiedad «sui generis», una alteración del régimen jurídico de la propiedad, con sustantividad peculiar,

que la aleja del concepto clásico de propiedad. Hay o puede haber una cierta desconexión entre la titularidad del dominio y la titularidad de ejercicio de las facultades dominicales que implican uso. Esta esencial particularidad de la vivienda familiar tiene una importante trascendencia en la disponibilidad de la misma (arts. 96 y 1320 CC) y es un reflejo de la concepción colectiva del ente familiar. Igualmente, queda reflejada en las dudas sobre la propia terminología utilizada<sup>3</sup>.

Dice HERRERO GARCÍA (1991, 588) que se trata el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar: «una vivienda digna y adecuada» (art. 47 CE), que excluye cabañas, chozas, carromatos, terrenos de futura construcción, etc. Excluidos todos estos espacios, puede ocurrir también que el matrimonio cuente con dos viviendas que cumplan los requisitos para serlo, por residir cada uno de los cónyuges en ciudades distintas, o estudiar uno de los hijos en una localidad en la que vive con uno de los miembros de la pareja, quedando el otro con el resto de los hijos en la vivienda en la que se había venido desarrollando la convivencia familiar (CHAPARRO MATAMOROS, 2018, 625).

Para RODRÍGUEZ LÓPEZ (1982, 1606), de la dicción del artículo 1320 del Código civil se desprenden los tres elementos indispensables para que el hogar pueda ser calificado de familiar:

a) Tratarse de una edificación habitable. Por no serlo, deben excluirse los solares, locales de negocios y fábricas (ÁVILA ÁLVAREZ, 1981, 1381); y los garajes (ALBALADEJO GARCÍA, 1997, 156).

b) Tratarse de una edificación ocupada de hecho y con habitualidad. La noción de habitualidad se corresponde con lo que se ha llamado «animus perpetuo commorandi» (*Vid.* art. 40 CC, que define el domicilio como «lugar de residencia habitual»). Es decir, es la residencia «normal y de presumible continuación», el domicilio fijado «de común acuerdo» (art. 70 CC).

Quedan, por tanto, excluidas las residencias secundarias, viviendas de temporada o fincas de recreo, lo que no excluye la posibilidad de existencia de varias viviendas habituales de la familia, que no produce «interrupción de la convivencia», si la existencia de aquellas obedece a «motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga». Parece que debe incluirse el local con carácter mixto, pero no el exclusivo de ejercicio de la actividad profesional. En todo caso, el requisito de la habitualidad mira al presente y al futuro, pero no al pasado, sin que haya fijado un tiempo mínimo de ocupación.

c) Tratarse de una edificación habitada por la familia, precisando no obstante, que lo preponderante, más que el concepto de familia, es el de cónyuge como individuo que debe habitarla, apartándose aquí RODRÍGUEZ LÓPEZ del criterio jurisprudencial y de gran parte de la doctrina, para la que, como se verá, al precisar los beneficiarios del derecho de uso, el concepto de vivienda familiar



encuentra su fundamento esencial en la protección de los hijos, antes que el cónyuge. La STS de 9 de mayo de 2012 ha establecido que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar, y esta no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Siendo el criterio para su atribución el del interés del menor, el Tribunal Supremo ha considerado que no es la residencia habitual de la familia el domicilio en el que convive el menor, fijado en una ciudad distinta de las de residencia de los progenitores, por entender que aunque se determinó por acuerdo de ambos, ninguno de ellos convive habitualmente con ella por motivos de trabajo (la hija reside en Sevilla y los padres, uno en Barcelona y otro en Madrid), y porque además, de mantenerse, impediría la disposición de un patrimonio común, afectando a la liquidación del haber conyugal, integrado entre otros bienes por la vivienda gravada con una carga hipotecaria de larga duración (STS de 19 de noviembre de 2013).

Sobre este planteamiento, hay que establecer una clara separación entre la situación de normalidad matrimonial y la situación de crisis matrimonial. En ambos casos, la llamada vivienda familiar está llamada a cumplir la esencial función de satisfacer las necesidades de alojamiento o vivienda permanente de la familia. Ahora bien, en la que hemos llamado situación de normalidad matrimonial, el uso de la vivienda es un derecho que corresponde a todos los miembros del grupo familiar; lo llamaremos, por ello, simplemente derecho de uso de la vivienda familiar. En cambio, en las situaciones de crisis (nulidad del matrimonio, separación y divorcio de los cónyuges) es un derecho que corresponde solamente a aquellos miembros de la familia a los que se ha efectuado la atribución de dicho uso; por ello, más propiamente, debemos hablar, de derecho a la atribución del uso de la vivienda familiar. Rota la situación matrimonial, el alcance de la autonomía de la voluntad es muy limitado, pues, aunque exista acuerdo de los cónyuges sobre el uso de la vivienda familiar, este acuerdo debe ser aprobado por el juez, que es quien, en definitiva, fija el alcance del derecho de uso, sus titulares, plazo de duración, etc. Y «para disponer de la vivienda... cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial» (art. 96 último párrafo). Es decir, ya no basta el consentimiento de «ambos cónyuges», pues las partes interesadas en este derecho de uso, pueden ser también los hijos, y no solo los que estén bajo la patria potestad (*Vid.* art. 92 CC), sino incluso los «mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios», «si convivieran en el domicilio familiar», a los que el juez fijará «los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes» (*Vid.* art. 93 CC), en cuyo derecho de alimentos, no se olvide, se incluye la «habitación» (art. 142.primer párrafo).

#### IV. BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE USO

En los casos de crisis conyugal, entra en juego el principio de protección integral de los hijos —«toute pour l'enfant»—, que tiene su apoyo en el artículo 39.2.º CE («Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil»); en el Código civil, artículos 154. 2.º («La patria potestad como responsabilidad parental se ejercerá siempre en beneficio de los hijos...»); 170. Párrafo 2.º («Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad...»); 176.1 («La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando...»); y 180 («La adopción es irrevocable»). Consecuencia de la prevalencia del principio del interés del menor es la imposibilidad de que los cónyuges puedan modificar la atribución (GÓMEZ GÁLLIGO, 1996, 167)<sup>4</sup>.

La SAP de Valladolid de 28 de junio de 1990 declaró que si existen hijos menores de edad, el interés de estos obligaría a asignar a ellos y al progenitor con el cual hayan de convivir, el uso de tal vivienda. Puede atribuirse también al progenitor apartado de los hijos menores, siempre que existan razones especiales. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de julio de 1990 admitió, si no hay hijos, en los casos de separación y divorcio, la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Debe rechazarse la posibilidad de continuar la convivencia en habitaciones separadas y uso conjunto de los elementos comunes. La SAP de Álava de 30 de marzo de 1995 declaró que el criterio pacífico para la adjudicación del uso de la vivienda familiar es el del «favor filii»<sup>5</sup>.

Por eso, como señala SERRANO DE NICOLÁS (2011, 531) hay, que distinguir dos posibles situaciones: una, cuando se produce la atribución voluntaria (o en ejecución de lo pactado en el convenio regulador) de un derecho real que lleve inherente el uso de la vivienda familiar; otra, cuando en el convenio se produce la atribución legal del derecho de uso familiar de la vivienda de la que será titular el cónyuge y beneficiarios los hijos.

Hay que destacar que, frente a este tradicional automatismo en la aplicación del artículo 96 párrafo primero del Código civil que establece que «En defecto de acuerdo de los cónyuges, aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», no es nueva la corriente judicial y doctrinal<sup>6</sup> que tiene en cuenta las circunstancias personales, sociales y económicas de la familia concurrentes en cada caso. Así, y, en una interpretación teleológica del precepto, se entiende que el interés de los hijos no es siempre el más necesitado de protección o, al menos, no indefinidamente. Sirva de ejemplo la de la SAP de Córdoba de 30 de enero de 2006, en la que se revoca la atribución del uso a la

madre e hijas comunes, habida cuenta que el padre había realizado una donación a las hijas de una vivienda en construcción, o la de la SAP de Las Palmas, de 4 de junio de 2008, cuyos fundamentos se reproducen literalmente en la de la AP de Tenerife de 5 de julio de 2010, que limita temporalmente la atribución a tres años afirmando que «...la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso fijando un término final. (...) Atribuir el uso indefinidamente, soportando el excluido del uso el gravamen de la hipoteca, supone en los tiempos actuales una virtual privación de los derechos dominicales de dicho cónyuge titular y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar»<sup>7</sup>. Como señala esta última resolución, «...el régimen legal establecido por el artículo 96.1 del Código civil, está dando paso a un cuerpo de doctrina claramente clarificadora de una normativa legal claramente parca y deficitaria en la definición de los perfiles de este derecho».

La rigidez del artículo 96 del Código civil implica igualmente la atribución del uso *siempre* al cónyuge custodio, incluso cuando resulte acreditado que las necesidades de vivienda están cubiertas de otro modo. Así resolvió el supuesto de hecho la STS de 16 de junio de 2014. En orden a proteger el interés del menor, se asignó cautelar y temporalmente la guarda y custodia del menor al padre, manteniendo a la madre en el uso de la vivienda, dado que el padre tenía en esos momentos resuelto el problema de la vivienda en la casa de su pareja de hecho. Sentencia el Tribunal Supremo que ello no indica sin más que pueda ponerse a cargo de un tercero una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, que constituyó el domicilio conyugal y que no fue abandonado de forma voluntaria, sino por imperativo del artículo 96 del Código civil, como consecuencia de la sentencia de separación. La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura al menor y esto no se produce en la situación actual que disfruta el padre. Ello perjudicaría al menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda, sin perjuicio de que la medida pueda verse alterada en razón a circunstancias posteriores, pero no para atribuirle a la esposa, sino para dejarla sin efecto, porque no se cumple la finalidad para la que está prevista.

Del mismo modo se manifiesta el Tribunal Supremo (STS de 15 de marzo de 2013) en contra de la ocupación de una vivienda —cedida por los abuelos con vocación de permanencia— por el custodio y los hijos, por entender igualmente que ello no indica sin más que pueda ponerse a cargo de los abuelos una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden, además, hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, propiedad del esposo, que constituyó el domicilio conyugal y que no abandonaron de forma voluntaria.

En relación a las situaciones de convivencia de hecho del cónyuge usuario con una tercera persona en la propia vivienda habitual, —supuesto que estudiaremos más adelante—, ya se habían pronunciado las Audiencias Provinciales. El cónyuge, propietario de la totalidad o parte de la vivienda, tras abandonarla por haberse adjudicado su uso a los hijos y al otro cónyuge debe, en muchos casos, seguir abonando la cuota de amortización del préstamo hipotecario<sup>8</sup> mientras paga el alquiler de otra vivienda donde alojarse. Por cuanto los beneficiarios son los hijos, no puede beneficiarse de modo gratuito un tercero ajeno a la atribución judicial del uso. LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ (2010, 278) apunta que la convivencia de un tercero en la vivienda no altera de modo alguno las necesidades habitacionales de los hijos, y que en caso que el nuevo ocupante supusiese una mejora económica en los recursos del progenitor adjudicatario del uso, sería una circunstancia a tener en cuenta para una posible modificación de su derecho a pensión compensatoria —si es que existe—, pero nunca para sustentar la extinción del derecho de uso. Concluye, en este punto, que la solución a este problema debe buscarse mediante el ejercicio de las acciones que nacen del dominio y acudiendo a la figura del enriquecimiento injusto o al abuso del derecho, tanto frente al tercero usuario como frente al cónyuge titular del derecho de uso que tolera el uso por el tercero sin contraprestación alguna. Es esta la línea que se ha venido siguiendo con posterioridad y que, con otros argumentos, como la pérdida del carácter de familiar de la vivienda, ha cristalizado en un giro jurisprudencial que comentamos a continuación.

## V. EL SENTIDO DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. UN GIRO JURISPRUDENCIAL EN LA BÚSQUEDA DE SU VERDADERO OBJETIVO

La regulación del uso de la vivienda familiar no pretende el objetivo que es, generalmente, propio de las relaciones contractuales, de favorecer el tráfico de bienes y derechos, con una finalidad sustancialmente económica. Son, por el contrario, objetivos de carácter social los que determinan este derecho especial de uso. Lo que se trata de proteger no es tanto el interés económico de la persona, como su protección como tal persona integrante de un núcleo de convivencia que se basa en las relaciones de sangre y de afecto y no meramente en las frías relaciones contractuales en las que el objetivo de naturaleza patrimonial es fin en sí mismo. En el caso del uso de la vivienda familiar, el fin negocial está subordinado a los fines superiores de la propia familia, del grupo social. Como dice el Profesor GONZÁLEZ PORRAS (1987, 12), «la familia, como institución natural, se mueve entre una concepción fundamentalmente jurídica y la de quienes la observan como una realidad social a la que el Derecho llega muy escasamente», siendo patentes las dificultades del Derecho para regular

«la totalidad de las vicisitudes por las cuales las relaciones entre los diferentes miembros de una familia puede atravesar». Por estas razones, la ordenación del derecho de uso de la vivienda familiar, va a imponer fuertes restricciones al principio de autonomía de la voluntad, va a determinar profundas modificaciones en las reglas generales del Derecho sobre enajenación y gravamen de los bienes y, en definitiva, va a crear un espacio jurídico con características específicas, especialmente cuando las relaciones personales de los sujetos familiares entran en crisis.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 ha resuelto la controvertida cuestión de la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores, con una nueva pareja, respecto de este derecho de uso. El Pleno resuelve que, la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente, por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar, hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente. No puede, por tanto, calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio, por lo que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial.

En resoluciones anteriores, el Tribunal Supremo se había pronunciado en relación a la presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso se había asignado a la esposa e hijos menores. No se manifiesta la Sala en relación al derecho de uso, sino desde el punto de vista de la rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los menores (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero y 8 de marzo de 2017).

En la sentencia de 2018, los argumentos del Alto Tribunal se resumen como sigue:

Primero: La presencia de un tercero en la vivienda cambia el estatus del domicilio familiar. Evidentemente, no se cercena el derecho de establecer nuevas relaciones de pareja tras el divorcio, pero esa nueva relación no puede actuar en contra del progenitor no custodio, porque tiene influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, porque se introducen elementos de valoración que primitivamente no se tuvieron en cuenta.

Segundo: El interés del menor es una suma de distintos factores. Para evitar la desestabilización del niño no es solo primordial mantenerlo en el mismo ambiente, sino una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos.

La doble ubicación de los progenitores comporta una serie de gastos cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio, en especial para las economías más débiles. Si es posible atender al interés del menor con una vivienda alternativa y valorando los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas, deben respetarse todos los intereses legítimos concurrentes.

Tercero: El derecho de uso de la vivienda familiar existe o deja de existir en función de las circunstancias concurrentes. Se mantiene en tanto la vivienda conserve el carácter de familiar, pero se pierde cuando el inmueble no tiene dicho carácter, porque dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial.

En el supuesto de hecho, el carácter ganancial del inmueble favorece la posibilidad real de seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y se adquiere otra vivienda.

Esta novedosa sentencia rompe con el criterio tradicional de atender únicamente al interés del menor para la adjudicación del uso de la vivienda habitual y mantenimiento de la misma hasta la mayoría de edad de los hijos y con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada por los propietarios<sup>9</sup>, y que además es aplicable igualmente en situaciones de convivencia de hecho sin matrimonio, pues el interés del menor valorable es el mismo (STS de 22 de febrero de 2017). El rigor del artículo 96.1 del Código civil solo se eliminaba en dos circunstancias: una, que la vivienda no tenga el carácter de familiar, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si ya no sirve a los fines del matrimonio; otra, que el hijo no precisara de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios (STS de 17 de junio de 2013). Junto a ello, solo la mayoría de edad de los hijos equiparaba la situación a aquella en la que no hay hijos a los que se refiere el artículo 96 del Código civil y se entendía que la atribución al cónyuge más necesitado de protección no podía hacerse por tiempo indefinido<sup>10</sup>. Así, la STS de 29 de mayo de 2015 entendió que lo contrario podía parecerse más a una expropiación de la vivienda que a una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes «fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio de otro (...)». El TS ha advertido del excesivo rigor de la norma y aboga por una pronta modificación y más completa regulación que entiende debe producirse «de manera inexcusable». Deben valorarse las circunstancias personales y laborales de los progenitores. La facultad de limitación de la atribución de uso debe ser posible cuando constituya una solución razonada y no perjudique el interés de los menores por contar los progenitores con capacidad suficiente para atender las necesidades de habitación de los mismos o cuando la atribución indiscriminada

suponga un abuso del derecho. En la STS de 22 de febrero de 2017 se tuvo en cuenta para acordar una atribución temporal:

- 1.º. Que la vivienda es de exclusiva propiedad del apelante.
- 2.º. Que ha constituido la vivienda familiar solo durante los últimos cinco años.
- 3.º. Que la salida del domicilio se produjo por iniciativa del progenitor custodio que accedió de manera inmediata a una vivienda próxima al domicilio familiar.
- 4.º. Que el apelante dispone de ingresos suficientes para el abono de la pensión alimenticia y para subvenir de manera expresa a un incremento de la misma en atención a las necesidades de habitación de los menores.

En definitiva, la sentencia de 2018 fundamenta su fallo en lo que RODRÍGUEZ LÓPEZ (1981, 217) planteó en 1981 como la desafección de la vivienda habitual. Si bien partía de la base de que una vez que el grupo familiar se traslada a otra morada, lo natural es que el estigma «hogar familiar» deje de acompañar a la vivienda abandonada, cesando para la misma el consiguiente régimen especial, que ya solo será predicable de la nueva sede, también puede dejar de ser vivienda familiar tras la crisis matrimonial. Es patente la dificultad que supone una prueba plena de la desafección, salvo que por los esposos se manifieste su mutuo acuerdo. Se trata, sin embargo, de que el cónyuge titular privativo de la vivienda pueda recuperar su libre disponibilidad.

Se pueden dar tres situaciones:

- a) Que la vivienda tuviese en origen carácter ganancial. Su desafección como hogar familiar cambia bien poca cosa.
- b) Que siendo privativa se haya convertido en ganancial total o parcialmente. La desafección no puede por sí misma alterar su ganado carácter ganancial si lo adquirió en los casos del artículo 1355 del Código civil. Pero si el carácter ganancial resultó de la aplicación del artículo 1357, párrafo 2.º, es dable entender que si la causa básica de la conversión a común es justamente la circunstancia de ser vivienda habitual de la familia, desaparecida que sea esta, la mutación queda privada de su fundamento y, por ello, lo justo es estimar que la finca recupera su cualidad privativa.

Esta tesis de RODRÍGUEZ LÓPEZ (1981, 217) aparece muy cercana a la idea de LACRUZ BERDEJO (1997, 359) de que el artículo 1357, párrafo 2.º del Código civil, lo que establece es una comunidad «en proporción variable».

- c) Que el hogar familiar haya sido siempre y siga siendo de pertenencia exclusiva de marido o mujer. La desafección se orienta a un trascendente efecto: hacer desaparecer las limitaciones que, en orden a su disposición, pesaban sobre el cónyuge titular.

En orden a la atribución judicial del uso, como señala el Tribunal Supremo, cuando la vivienda familiar ha dejado de serlo no tiene justificación alguna la asignación.

## VI. LA JURISPRUDENCIA ANTE EL HECHO DE LA CONVIVENCIA EN PAREJA EN EL DOMICILIO QUE FUE VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA

Hay una cierta contradicción entre el criterio para la atribución del uso de la vivienda que, como se ha señalado más arriba, parte de la protección del interés del menor como más necesitado de protección y el de todos los miembros del grupo familiar como atendible para encontrar en la vivienda la sede en la que se desarrolla su vida. La STS de 16 de diciembre de 1996 señaló que se trata del «reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos». A esta afirmación se añade que por ser la vivienda uno de los derechos humanos fundamentales y por ser un reducto de la intimidad de su titular, en uso de su libertad personal *el progenitor a quien se le atribuye el uso puede establecer relaciones estables de pareja con quien estime conveniente*, pues la inviolabilidad del domicilio determina no solamente la facultad de excluir o impedir la entrada y permanencia en el mismo de cualquier persona, sino también la de permitir la entrada y permanencia en su domicilio de cualquier persona, siempre que no perjudique los intereses de los hijos. Entenderlo de otro modo conduciría a impedir al cónyuge o progenitor custodio su convivencia con hijos habidos de otras uniones, con infracción del deber constitucional de prestar asistencia a los hijos habidos fuera o dentro del matrimonio (STS de 19 de enero de 2017). Pero además, si se acordara la pérdida del uso de la vivienda por el hecho de convivir la madre con tercera persona (SAP de Alicante de 22 de junio de 2018), «se estaría resolviendo en contra del interés de los menores que requieren los alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad y, entre los alimentos se encuentra la habitación. Entiende esta sentencia que la convivencia con otra persona no anula los intereses y necesidades que se tuvieron en cuenta a la hora de atribuir el uso del domicilio familiar, máxime cuando ni siquiera puede asegurarse que la relación vaya a permanecer hasta la mayoría de edad de los menores.

En este tipo de situaciones, en las que el beneficiario de la atribución del uso convive con un tercero, y con la intención de recuperar el uso y disfrute de la vivienda, la reclamación tiene como contenido la acción de desahucio y las reclamaciones de daños y perjuicios con base en la existencia de enriquecimiento injusto o abuso de derecho



En relación a la primera medida, debe cuestionarse y determinarse la condición de precarista de la tercera persona que convive *more uxorio* con el progenitor custodio en la vivienda familiar, propiedad privativa del progenitor no custodio. Este tercero reside en la vivienda con el consentimiento o autorización de quien no es titular y entendiendo que la limitación que sufre el dominio de quien sí lo es, se restringe a la órbita de lo acordado en la sentencia recaída en el procedimiento de divorcio, no pudiendo hacerse extensivo el derecho de uso a terceras personas ajenas al procedimiento matrimonial.

A favor de la ocupación del inmueble por el tercero, aún sin el consentimiento del propietario se argumenta (SAP Madrid de 10 de julio de 2017):

- Que no integra un supuesto de abuso de derecho, pues el comportamiento que se reprocha al cónyuge custodio (convivencia marital en la vivienda familiar con su actual pareja) no resulta contrario a la ley ni formal ni sustancialmente, no concurriendo el requisito del daño que exige el artículo 7.2 del Código civil.
- Que no hay perjuicio económico derivado de la utilización de la vivienda por un tercero que no paga nada por ello y que además tiene una vivienda en propiedad, sino que dicho perjuicio trae causa de la prevalencia del interés de los menores y no del comportamiento del custodio que se atiene, en el ejercicio del derecho de uso, a la finalidad que le es propia.

Puesto que el Código civil no contempla la extinción de la atribución de uso por convivencia marital del ocupante, ni siquiera para el caso que no haya hijos comunes, solo cabe entender que se hubiera producido una «alteración sustancial de las circunstancias» que motivaran la modificación de la medida. Sin embargo, dado que el criterio de atribución suele ser —como se ha señalado— el del interés de los hijos, si este no ha cambiado, la ocupación por un tercero no se considera, en general, con fuerza suficiente para entender producido la alteración sustancial citada.

En sentido contrario ha habido resoluciones que abogan y argumentan la incompatibilidad del derecho de uso y la convivencia marital con un tercero cuando la atribución tenía como beneficiarios al cónyuge y a los hijos, sobre la base de que el título de ocupación no permite el uso a personas ajenas al entorno familiar.

La SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 razonó que resulta absurdo que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial, asignada al cónyuge y al hijo de su matrimonio, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad de acción del cotitular de la vivienda, concluyendo que «si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución

provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando». Así se conjugan perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso del derecho. En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000 sustenta la inexistencia de legitimación del segundo marido del excónyuge para ocupar la vivienda, argumentando que las únicas personas autorizadas para tal ocupación eran las hijas y la madre, no terceras personas ajenas al procedimiento matrimonial, excluyendo que estas últimas pudieran permanecer en el inmueble de forma habitual y permanente. Siendo, por tanto, tal tercero, ajeno al procedimiento matrimonial no podía actuarse contra él por vía de lanzamiento, pero sí actuar por vía de la responsabilidad civil contra quien estaba obligado a no hacer extensivo el derecho de uso a personas ajenas al entorno familiar constituido por aquella y las hijas comunes, por lo que la sentencia declaró la procedencia de la indemnización de los perjuicios causados al cónyuge propietario.

## VII. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ANTE LA CIRCUNSTANCIA SOBREVENIDA DE LA CONVIVENCIA DE UN TERCERO EN LA VIVIENDA

### 1. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO CONTRAPRESTACIÓN AL USO DE LA VIVIENDA

La configuración jurídica del derecho de uso o de atribución de uso de la vivienda familiar, ofrece no pocas dificultades. De una parte, en situaciones de normalidad matrimonial estamos ante un derecho que otorga a un no dueño del inmueble el cónyuge no propietario facultades de codisposición e incluso cuotas de copropiedad sobre el mismo; y, en todo caso, limita las facultades del dueño, al exigir el consentimiento de un no propietario o, en su caso, autorización judicial, para disponer de los derechos sobre dicha vivienda. De otra parte, en situaciones de crisis matrimonial nulidad, separación o divorcio los cónyuges pueden convenir o el Juez puede decretar que el uso de la vivienda familiar se atribuya al cónyuge no propietario o no titular del derecho básico que sirve de soporte o es causa de dicho uso. Se produce, en ambos casos, una anomalía o excepcionalidad jurídica en lo que podemos estimar el normal ejercicio de los derechos que permiten el uso de las cosas, ya se trate, en principio, del derecho de dominio pleno o de los derechos reales o personales.

Por ello, e independientemente de la entrada de un tercero en la vivienda, la regla general es la asignación de la vivienda a uno de los progenitores sin importar la titularidad y sin que se prevea ningún tipo de compensación para

el propietario cuando se adjudica el uso al no dueño. El Código civil no prevé la valoración de la capacidad económica del adjudicatario y en esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia.

Las posibles soluciones a la laguna existente en la regulación de estos supuestos se concretan en una modificación de las medidas inicialmente adoptadas, particularmente valorando la posibilidad de una compensación económica ante el uso por el excónyuge de la vivienda cuando es compartida o titularidad del no usuario que puede materializarse en una reducción de la cuantía de la obligación de prestar alimentos a los hijos comunes, con la inmediata consecuencia de aumentar la aportación que deba realizar el cónyuge custodio. La regulación actual, que no contempla «ab initio» la compensación económica, da lugar a situaciones injustas, pues solo cabe la posibilidad de obtener algún tipo de compensación tras instar el auxilio judicial, incluso cuando el inmueble es de titularidad exclusiva del cónyuge no usuario, cuando debe hacer frente a la búsqueda de una nueva vivienda incluso cuando el usuario tiene capacidad económica suficiente y superior a la suya para acceder a otra, sin olvidar que puede aquel estar afrontando en solitario el pago de la hipoteca. Como señala OLIVA BLÁZQUEZ (2017, 312), a ello habría que sumarle que cuando la vivienda sea propiedad exclusiva del cónyuge no usuario, este verá cómo sobre su dominio queda constituida una especie de carga que dificultará la adquisición de la vivienda por un tercero. Una vez más vuelve a manifestarse la laguna existente en la regulación positiva, que obliga a los Tribunales a ponderar numerosos elementos de juicio para llegar a una solución lo más objetiva posible y valorando intereses contrapuestos.

La posibilidad de una contraprestación por el uso de la vivienda fue valorada en los trabajos parlamentarios de modificación del Código civil como consecuencia de las leyes de reforma de 1981, si bien sobre la base de una propuesta muy ambigua, pues se refería a la posibilidad de uso de la vivienda «mediante las adecuadas compensaciones». La propuesta fue rechazada por la inseguridad que podría provocar la indeterminación de la expresión, pero llevó a afirmar a GARCÍA CANTERO (1982, 408) que su supresión no impedía al juez imponer al usuario la obligación de hacerse cargo de ciertos gastos como las cuotas de comunidad, las contribuciones, el agua o el teléfono. El artículo 96 no exige la gratuidad de forma expresa cuando, tratándose de un contrato oneroso debería haberlo hecho, ni tampoco excluye que el juez pueda reconocer algún tipo de compensación económica cuando lo estime conveniente en aras de la justicia del caso concreto. Así lo entiende igualmente CUENA CASAS (2014, 17) que aún afirmando la función familiar de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial, reconoce que ello no tiene por qué privarle de su valor económico.

La compensación económica es la solución que había previsto la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011 de 1 de abril de relaciones familiares de los

hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Esta norma fue anulada en su totalidad por el Tribunal Constitucional, en sentencia dictada el 16 de noviembre de 2016 en el recurso de inconstitucionalidad 3859/2016. Los motivos de la anulación se ciñen a una cuestión de competencia, por lo que su cita aquí lo es a efectos de poner de manifiesto que la línea predominante es, como hacía esta ley, la de fijar una compensación por la pérdida de uso y disposición a favor del progenitor no adjudicatario (art.6.1). En la misma línea, la Ley 7/2015 del País Vasco, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores que prevé en su artículo 7 esta compensación en los mismos términos.

La SAP de Madrid de 23 de octubre de 2014 estimó procedente esta medida, al convivir en la vivienda el excónyuge con su nueva pareja y el hijo de ambos, junto a los comunes de los excónyuges. Entiende la sentencia que se trata de un hecho nuevo y de entidad suficiente que debe tener su trascendencia en el orden económico y que la medida económica es la pensión de alimentos a favor de los hijos acordada en su día en la sentencia de divorcio. Los gastos de comunidad y los de empleada de hogar que se valoraron para cuantificar la pensión de alimentos son gastos de los que ahora se beneficia la nueva familia en perjuicio del demandante, por lo que al formar la vivienda parte integrante del concepto de alimentos, esta obligación debe recaer sobre ambos progenitores, y no solamente sobre el no custodio. En la misma línea, la STS de 19 de enero de 2017.

La posibilidad de la extinción de la atribución judicial del uso por convivencia marital del beneficiario con otra pareja ya está prevista en la legislación catalana, tanto si se produce como consecuencia de la ruptura matrimonial o de una pareja estable. Como dice MOLL DE ALBA LACUVE (2017, 206) si aparece una pareja sentimental que vive «gratis» en la vivienda familiar, es totalmente justo que se permita la solicitud de la extinción del uso. En el Código civil solo valora la convivencia marital del progenitor custodio con un tercero en orden a la extinción de la pensión compensatoria, pero no en relación a la atribución del uso de la vivienda.

No existiendo previsión legal en Derecho común acerca de la extinción, los Tribunales son muy reticentes a su aplicación, por lo que al menos debería valorarse la posibilidad de establecer una compensación económica. Como acertadamente señala CUENA CASAS (2014, 20-21), una vez que se atribuye el uso al cónyuge por su condición de ostentar la custodia de los hijos comunes, los gastos derivados de la vivienda que asume el otro cónyuge por su condición de propietario deben ponderarse como contribución en especie para la fijación de alimentos a los hijos, aplicando la regla de la proporcionalidad que es la que se tiene en cuenta para fijar la pensión de alimentos: la capacidad económica del obligado y las necesidades del beneficiario. En definitiva, que la posibilidad de computar el gasto de alojamiento a la pensión de alimentos

se puede deducir del artículo 142 del Código civil sin necesidad de previsión específica. En el supuesto de cotitularidad de la vivienda y ante la entrada en escena del conviviente o incluso nuevo cónyuge del usuario me parece lo más sensato entender que ya no se trata solamente del detrimento económico del no custodio que «mantiene», al menos por lo que a la habitación se refiere, a la nueva pareja de su excónyuge, sino que además esta situación genera situaciones de impotencia y conflicto que sí perjudican al menor directamente y que suponen un enriquecimiento injusto costado por el titular de la vivienda.

## 2. LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA ATRIBUCIÓN, AUN EXISTIENDO MENORES

Se ha venido manteniendo la atribución indefinida como garante de la estabilidad del menor que no tiene otra opción que ver cómo uno de los progenitores sale del domicilio, pero que, a cambio, no va a encontrar alteración alguna en su lugar de residencia. Sin embargo, la limitación en el tiempo del uso sería, sin duda, una medida favorecedora de todos los intereses en juego. Y ello porque al contribuir a mantener un nivel económico de ambos progenitores, particularmente del que sale de la vivienda y debe sufragar los gastos de habitación en otro lugar además de la pensión de alimentos a los hijos y la compensatoria al cónyuge, en su caso, la consecuencia inmediata será la posibilidad de seguir abonando la obligación alimenticia sin pasar calamidades y eliminando la situación de asfixia económica que provoca, en muchos casos, que la medida tenga una duración ilimitada. Paradójicamente, como señala CABEZUELO ARENAS (2017, 334), con la excusa de que los padres han de ceder hasta el extremo para garantizar la estabilidad del menor, el interés del niño puede comprometerse gravemente.

En los casos de custodia compartida, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, no se cumple el presupuesto del artículo 96, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos, por lo que viene aplicándose analógicamente el párrafo segundo del precepto, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo los del otro, y permite al juez valorar «lo procedente». Siendo la vivienda de titularidad privativa de uno de los excónyuges, el Tribunal Supremo analiza la viabilidad de la atribución temporal armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda<sup>11</sup>. Valorando ambos, ha determinado que en estos casos no cabe su atribución indefinida a la esposa e hija dado que al alternarse la custodia entre padre y madre la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de

ellos con exclusividad. En el caso concreto de la STS de 10 de enero de 2018, ponderado el interés más necesitado de protección se fija el período de dos años desde esta sentencia para facilitar la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

## VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE REFORMA

La realidad práctica ha demostrado que la regulación de la atribución del uso de la vivienda habitual en las situaciones de crisis matrimonial puede dar lugar, en ocasiones, a situaciones injustas, particularmente perjudiciales para el cónyuge no usuario.

Es lo habitual, a tenor de la regulación del artículo 96 del Código civil, que cuando existen hijos menores de edad, la atribución se realizará a favor del cónyuge en cuya compañía queden. Independientemente de la titularidad del inmueble, el carácter de vivienda habitual —o vivienda familiar— imprime un estatuto protector al domicilio que, sobre la base del interés del menor, como único criterio que tradicionalmente se ha valorado para realizar la atribución, no tiene en cuenta ni la capacidad económica de los intervinientes en el procedimiento ni las consecuencias patrimoniales de la aplicación directa e inexorable del artículo 96 del Código civil, cuyo contenido se demuestra incompleto e insuficiente para regular una realidad que no se corresponde —en muchas situaciones— con el espíritu de la norma.

Atribuido el uso de la vivienda al cónyuge custodio por sentencia de separación o divorcio y a los hijos menores de edad que quedan en su compañía, al margen de que sea o no propietario del inmueble, el Código civil no prevé ningún tipo de compensación económica para el titular que no disfruta de la vivienda y debe —por otros medios— sufragar los gastos de habitación en otra sede (generalmente mediante un contrato de arrendamiento), a lo que puede añadirse el abono de la cuota del préstamo garantizado con la hipoteca sobre la misma vivienda y suele hacerse cargo de los gastos de comunidad del inmueble. La situación —no cabe duda— es injusta. La regulación del Código considera irrelevante la capacidad económica del usuario al guardar silencio en este punto, por lo que la jurisprudencia no está condicionada por este criterio en orden a determinar el cónyuge beneficiario del uso.

El sistema actual, además, no prevé ninguna alteración del régimen general cuando el progenitor custodio convive con un tercero en la que fue vivienda familiar, sea conviviente de hecho o incluso nuevo consorte del adjudicatario, por lo que este tercero —ajeno al procedimiento— resulta beneficiario de facto sin haber sido designado como tal en la resolución judicial que atribuye el uso. Resulta por tanto usuario de una vivienda respecto de la que puede no participar en ningún gasto,

lo que no solamente —con toda evidencia— provoca un detrimento patrimonial en el no custodio, sino además una situación personalmente dolorosa que genera situaciones de impotencia y conflicto que sí perjudican al menor directamente y que suponen un enriquecimiento injusto costado por el titular de la vivienda.

En atención a la determinación de la atribución judicial del uso, los Tribunales han comenzado a valorar ciertas circunstancias que deberían cristalizar en una nueva regulación, tales como la señalada posibilidad de prever una compensación económica para el no custodio o la limitación temporal de la atribución incluso cuando existan hijos menores de edad. En contra del tradicional criterio de valorar únicamente el interés del menor y de entender que este se protege evitando el cambio de domicilio a toda costa, cuando a veces son otros los elementos de juicio que deberían tomarse en consideración, como procurar la estabilidad emocional del hijo mediante una adecuada relación entre sus progenitores, lo que se hace muy complicado cuando uno de ellos resulta perjudicado a todas luces personal y patrimonialmente.

En otros ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro, como el francés, el uso de la vivienda habitual se contempla como el objeto de la pensión compensatoria al cónyuge (art. 274 Code civil). Igualmente, en España, el Código civil de Cataluña entiende que la atribución debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge (art. 233-7), así como que sirva para entender cumplida la prestación alimenticia a favor de los hijos que convivan con el beneficiario, con lo que se supera así el carácter meramente asistencial o familiar de la medida y se le imprime un carácter patrimonial (art. 233-20.1).

Con estos precedentes se propone, por tanto, *de lege ferenda*, una modificación de la regulación recogida en el artículo 96 del Código civil que permita al juez tomar en consideración las circunstancias a las que se ha hecho referencia, atendiendo no solamente al interés del menor sino, subsumidos en este, la equiparación patrimonial de sus progenitores, lo que puede hacerse efectivo compensando económicamente al no custodio o limitando temporalmente la atribución del uso.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1997). *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, Derecho de Familia, octava edición, Barcelona: José María Bosch Editor S.L.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P. (1981). El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil, *RCDI*, n.º 547, noviembre-diciembre, 1373-1406.
- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2018). La pérdida del carácter familiar de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal, *Revista Boliviana de Derecho* n.º 25, enero de 2018, 622 a 635.

- CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n.º 2, 9 a 39.
- ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario de los artículos 90 y 96 del Código civil. En Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo II, Artículos 42 a 107. Madrid: Edersa, 406 a 409.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1996). Modificación de convenio judicial en virtud de escritura pública otorgada por excónyuges renunciando al derecho de uso, *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, número 67, febrero-marzo.
- GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (1987). *La Familia, el Derecho y la Libertad*. Córdoba: Cajasur.
- HERRERO GARCÍA, M.J. (1991). Comentario al artículo 1320. En: *Comentario del Código civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- JUANES PECES, A.-GALVÁN ARIAS, J.R. (1993). Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial, *BCNR*. número 296, enero de 1993, 16 a 22.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1997) y otros autores, *Elementos de Derecho Civil*, IV, volumen I.º, 4.ª edición. Barcelona: José María Bosch Editor, S.A.
- LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, C. (2010). El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial. En *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales*. Asociación Española de Abogados de Familia. Madrid: Dykinson.
- MOLL DE ALBA LACUVE, C. (2017). Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar. En: Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Barcelona: Reus, 203-212.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2017). Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma, En *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.) Barcelona: Reus.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1981). *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Jaen: Editorial Hesperia.
- (1982). Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificación), en *RCDI*. n.º 553, noviembre-diciembre, 1599 a 1626.
- SERRANO CASTRO, F. (2010). *Vivienda familiar y cargas del Matrimonio*, Madrid: El Derecho.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. (2011). Repercusiones notariales y registrales del Derecho de familia. En: *Derecho de Familia. Procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, Villagrasa Alcaide, C. (coord.), Barcelona: Bosch.



## X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### SENTENCIAS

#### *Audiencias provinciales*

- SAP de Valladolid de 28 de junio de 1990. *AC* 1990-3, 142
- SAP Santa Cruz de Tenerife de 14 de julio de 1990. *AC* 1990-3, 154
- SAP Álava de 30 de marzo de 1995. *AC* 1995-3, 1399
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2000. *AC* 2000, 1127
- SAP de Madrid, de 29 de enero de 2003. *JUR* 2003, 84005
- SAP de Baleares de 5 de febrero de 2003. *AC* 2003, 317
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de febrero de 2003. *AC* 2003, 1280
- SAP de Córdoba de 30 de enero de 2006. *JUR* 2006, 141944
- SAP de Almería de 19 de marzo de 2007. *AC* 2007, 505
- SAP de Las Palmas, de 4 de junio de 2008. *JUR* 2008, 302719
- SAP de Madrid de 23 de octubre de 2014. *JUR* 2015, 38771
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de julio de 2010. *JUR* 2010, 417614
- SAP de Madrid de 10 de julio de 2017. *JUR* 2017, 216669
- SAP de Alicante de 22 junio de 2018. *JUR* 2018, 317434

#### *Tribunal Supremo*

- STS de 11 de diciembre de 1992. *RAJ* 1992, 10136
- STS de 20 de mayo de 1993. *RAJ* 1993, 3807
- STS de 29 de abril de 1994. *RAJ* 1994, 2945
- STS de 14 de julio de 1994. *RAJ* 1994, 6439
- STS de 31 de diciembre de 1994. *RAJ* 1994, 10330
- STS de 16 de diciembre de 1996. *RAJ* 1996, 9020
- STS de 14 de enero de 2010. *RAJ* 2010, 2323
- STS de 18 de enero de 2010. *RAJ* 2010, 1274
- STS de 22 de noviembre de 2010. *RAJ* 2011, 936
- STS de 28 de marzo de 2011. *RAJ* 2011, 939
- STS de 9 de mayo de 2012. *RAJ* 2012, 5137
- STS de 15 de marzo de 2013. *RAJ* 2013, 2174
- STS de 19 de noviembre de 2013. *RAJ* 2013, 7447
- STS de 17 de junio de 2013. *RAJ* 2013, 4375
- STS de 3 de abril de 2014. *RAJ* 2014, 1950
- STS de 2 de junio de 2014. *RAJ* 2014, 2842

- STS de 16 de junio de 2014. *RAJ* 2014, 3073.
- STS de 15 de marzo de 2013. *RAJ* 2013, 2174.
- STS de 24 de octubre de 2014 *RAJ* 2014, 5180
- STS de 18 de mayo de 2015. *RAJ* 2015, 1919
- STS de 29 de mayo de 2015. *RAJ* 2015, 2273
- STS de 19 de enero de 2017. *RAJ* 2017, 924
- STS de 19 de enero de 2017. *RAJ* 2017, 754
- STS de 8 de marzo de 2017. *RAJ* 2017, 702
- STS de 22 de febrero de 2017. *RAJ* 2017, 1079
- STS de 10 enero de 2018. *RAJ* 2018, 74
- STS de 20 de noviembre de 2018. *RAJ* 2018, 5086

#### RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 27 de agosto de 2008. *BOE* de 16 de septiembre de 2008
- Resolución de 10 de octubre de 2008. *BOE* de 7 de noviembre de 2008
- Resolución de 14 de mayo de 2009. *BOE* de 13 de junio de 2009
- Resolución de 18 de noviembre de 2009. *BOE* de 8 de enero de 2010
- Resolución de 19 de julio de 2011. *BOE* de 28 de septiembre de 2011

#### NOTAS

<sup>1</sup> Puede verse un extenso recorrido por la jurisprudencia en esta materia en la obra de SERRANO CASTRO, F. (2010) *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, Madrid: El Derecho. Cita la sentencia de la AP de Barcelona, de 26 de febrero de 2003, que lo configura como un derecho oponible a terceros; la del TS de 14 de julio de 1994, que señala que el carácter de este derecho pugna entre lo personal y lo real; la de la AP de Madrid, de 29 de enero de 2003, que lo califica como derecho de ocupación de carácter absoluto y ejercitable «*erga omnes*»; la de la AP de Baleares de 5 de febrero de 2003, como un derecho real familiar de eficacia total; la del TS de 20 de mayo de 1993, que lo asimila a los derechos de uso y habitación, entre otras.

<sup>2</sup> A diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 del Código de Familia y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código civil catalán parece haberse decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza.

Esta es la literalidad del fallo, que ahora hay que modificar respecto de la legislación catalana, teniendo en cuenta que la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, ha derogado la Ley 9/1998, del Código de Familia, que ha dejado de estar vigente el 1 de enero de 2011. Efectivamente, tal y como figuraba en el proyecto, el artículo 233-22 de la Ley 25/2010, bajo la rúbrica «Publicidad del derecho de uso de la vivienda», señala: «El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad».

<sup>3</sup> JUANES PECES, A.-GALVÁN ARIAS, J.R. (1993) Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial, *BCNR*, número 296, enero de 1993, 16 a 22. Explica GARCÍA CANTERO, G. (1982) Comentario de los artículos 90 y 96 del Código

civil. En Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo II, Artículos 42 a 107. Madrid: Edersa, 381 y sigs. y 406 y sigs. que el artículo 96 habla de vivienda familiar, que evita los problemas de interpretación del derogado artículo 68 del Código civil que se refería a la vivienda común. También se habla de vivienda habitual, como en el artículo 1320 del Código civil, lo que da al juez mayor discrecionalidad, para disponer el uso de una vivienda de la familia, aunque no sea la habitual (puede ser un piso desocupado, o la residencia de vacaciones).

Puede verse el estudio general de ESPIAU ESPIAU, S. (1992) *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

<sup>4</sup> Atribuido el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos, no pueden después los excónyuges, en escritura pública, modificar la atribución judicial del uso, renunciando o transigiendo respecto del derecho de uso, pues el derecho de uso no se atribuye, en realidad, a ninguno de los excónyuges, sino a los hijos cuya identidad debe recoger el convenio e indirectamente al cónyuge en cuya compañía queden. Solo cabe obtener la autorización judicial modificativa del convenio.

<sup>5</sup> Respecto de la vivienda habitual de la pareja de hecho, la sentencia 19 abril 2006 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 35 de Barcelona revoca la RDGRN de 18 de junio de 2004 que había señalado que no es exigible la manifestación de que la finca no es la vivienda de unión estable de pareja, ya que el principio de legalidad, al que está sometido el registrador en su calificación no soporta que puedan acceder al Registro actos dudosos, con las graves consecuencias que para la seguridad del tráfico y los derechos conllevaría.

<sup>6</sup> Los días 1, 2 y 3 de marzo de 2011 se celebraron en la Ciudad Judicial de Barcelona las VII Jornadas de Jueces de Familia, de Incapacidades y de Tutelas, en las que participaron numerosos magistrados tanto de Juzgados de Primera Instancia como de las Audiencias Provinciales así como secretarios judiciales de todo el territorio nacional y con representación de la AEFA (Asociación Española de Abogados de Derecho de Familia). En uno de sus bloques temáticos, se ha debatido la «Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. Posibles soluciones prácticas. Necesaria reforma del artículo 96 del Código civil».

<sup>7</sup> Véase un interesante comentario de esta línea jurisprudencial en la obra de SERRANO CASTRO, F. (2010) *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, Madrid: El Derecho, 45 y siguientes.

<sup>8</sup> En este punto, es conveniente hacer referencia a una comentada sentencia, la del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, de la Sala de lo Civil (STS 1659/2011), de la que fue Ponente Encarnación ROCA TRÍAS y que resuelve el Recurso de Casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10.ª) contra la sentencia dictada el día 24 de septiembre de 2007, por la referida Audiencia, que a su vez resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Llíria, en el procedimiento de divorcio n.º 161/2006. Sienta la siguiente doctrina: «El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el artículo 1362, 2.º del Código civil y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código civil».

Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347.3 del Código civil, que declara la ganancialidad de los «bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos», por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el artículo 1362, 2 del Código civil, «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.

<sup>9</sup> Es criterio jurisprudencial aceptado unánimemente que la atribución del derecho de uso, es una manifestación del principio de interés de los menores que no puede ser temporalmente limitado por el juzgador mientras aquellos sigan siéndolo, por cuanto el interés que protege el artículo 96 del Código civil no es la propiedad de los bienes, sino los derechos de los menores en situaciones de crisis.

<sup>10</sup> «La mayoría de edad por los hijos da lugar a una nueva situación en la que debe estarse como interés más necesitado de protección, cuando las circunstancias lo aconsejen, al del cónyuge más necesitado de protección, pero por el tiempo que prudencialmente se fije». Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017, 624/2011, de 5 de septiembre; 707/2013, de 11 de noviembre; 390/2017, de 20 de junio (todas están citadas en la SAP alicante de 22 de junio de 2018).

<sup>11</sup> En la sentencia de 24 de octubre de 2014 el Tribunal Supremo extendió la medida hasta los dos años contados desde la misma, entendiendo este tiempo como suficiente para que la esposa rehiciera su situación económica y ello le permitiera acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los períodos de efectiva guarda.

*(Trabajo recibido el 27-3-19  
y aceptado para su publicación el 27-5-2019)*