



FACULTAD DE DERECHO

LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CONFLICTOS MATRIMONIALES

Autor: Blanca Vázquez Uríbarri

5º, E3-D

Área de Derecho Civil

Tutor: Rosa M^a de Couto Gálvez

Madrid
Junio 2018

Madrid
Junio 2018

RESUMEN

La vivienda familiar es, junto con la custodia de los hijos, la cuestión más difícil de resolver en los conflictos matrimoniales. De su atribución depende el bienestar futuro de los cónyuges y sus hijos. Su uso y disfrute se puede otorgar por medio de acuerdo entre los cónyuges (la mejor opción) o a través de un procedimiento judicial en el que a menudo los jueces de enfrentan a un dictamen complicado. El propósito de este trabajo es analizar los distintos criterios de atribución del derecho de uso, haciendo hincapié en su caracterización y protección, que aparecen en la ley y, a través de un estudio de la jurisprudencia, demostrar la necesidad urgente de reforma de la legislación española por encontrarse desfasada respecto a la realidad de la sociedad.

PALABRAS CLAVE: Atribución del uso de la vivienda familiar; interés del menor; vivienda familiar; interés más necesitado de protección; custodia de los hijos; conflictos matrimoniales; derecho de uso.

ABSTRACT

The family dwelling is, together with the custody of the children, the most difficult issue to resolve in marital conflicts. The future welfare of the spouses and their children depends on their attribution. Its use and enjoyment can be granted through agreement between the spouses (the best option) or through a judicial procedure in which often the judges face a complicated decision. The aim of this project is to analyze the different criteria of attribution of the right of use, emphasizing its characterization and protection, which is regulated in the law and, through a study of jurisprudence, proving the urgent need of the Spanish legislation remodeling due to it is out of date with the reality of society.

KEY WORDS: Occupation right; family home; use of the family home; marital crisis; interest of the child; child custody; suppose more in need of protection.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. LA VIVIENDA FAMILIAR.....	8
2.1. Concepto	8
2.2. Protección jurídica de la vivienda.....	10
3. DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	12
3.1. Naturaleza jurídica	12
3.2. Consecuencias jurídicas del acceso al Registro de la Propiedad.....	14
3.3. Requisitos para el acceso al Registro de la Propiedad	14
4. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	19
4.1. Acuerdo entre las partes	20
4.1.1 Acuerdo plasmado en el Convenio Regulador.....	20
4.1.2 Acuerdos privados de los cónyuges.	21
4.2. Atribución judicial	22
4.2.1. <i>Atribución del uso con hijos menores de edad</i>	22
4.2.2. <i>Hijos mayores de edad dependientes económicamente.</i>	32
4.2.3. <i>Sin hijos o con hijos independientes económicamente</i>	33
5. LIMITACIÓN TEMPORAL DEL DERECHO DE USO.....	37
6. MODIFICACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN Y EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO.	41
7. CONCLUSIONES.....	48
8. BIBLIOGRAFÍA.....	51
9. JURISPRUDENCIA.	56

ABREVIATURAS

AAPP	Audiencias provinciales
ACP	Anteproyecto de Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio.
art.	Artículo
arts.	Artículos
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
CC	Código Civil Español
CCAA	Comunidades Autónomas
CCC	Código Civil de Cataluña
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CR	Convenio Regulador
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
p	Página
pp	Páginas
RH	Reglamento Hipotecario
RP	Registro de la Propiedad
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Secc.	Sección

Ss	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN.

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar constituye una de las fases más difíciles y problemáticas dentro del proceso de separación o divorcio de los cónyuges. Esta decisión conlleva consecuencias de índole económica así como familiares o afectivas por lo que el criterio para tomar la decisión más adecuada en función de las necesidades e intereses de la familia es clave para el correcto desarrollo del proceso.

De esta atribución depende en gran parte el bienestar futuro de los cónyuges y sus hijos. El gran problema radica en que uno de los cónyuges puede resultar más perjudicado: no solo se ve privado de vivienda, sino que además está obligado a desembolsar una suma de dinero para sufragarse un nuevo lugar donde vivir. Esta necesidad de vivienda, con la reciente crisis económica, se ha convertido en un serio obstáculo para muchas familias. Muchos españoles han tenido que regresar a casa de sus padres, lo que se conoce con el “síndrome del nido lleno”, una situación que también afecta a los abuelos, convertidos en “cabezas de familia” sostenedores de su descendencia con su pensión de jubilación.

Esta difícil tesitura de buscar un nuevo hogar se ha acrecentado últimamente. Según datos de la Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial¹ la cifra de demandas de separación y divorcio ha ascendido en el primer cuatrimestre del año 2018 a 16.226 demandas de divorcio consensuado, 11.594 de divorcio no consensuado y 424 separaciones contenciosas.

En el presente trabajo se estudian los distintos criterios de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimoniales. Junto con la guarda y custodia de los hijos, la asignación del uso y disfrute de la vivienda suele ser una de las decisiones más duras e importantes del proceso.

Al analizar los problemas más habituales que se plantean en cuanto a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar llaman la atención las numerosas críticas de diversos autores en torno al artículo que aborda dicha materia. La redacción del art. 96 del Código Civil está obsoleta: no se adapta a las nuevas realidades. La sociedad

¹ C.G.P.J – Notas de prensa. 2018. (Disponible en http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=c3ccbc0975de3610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES Último acceso: 11 de junio de 2018).

española ha evolucionado de manera notoria en los últimos años, han surgido nuevos acontecimientos sociales y económicos que dicho artículo no tiene en cuenta. Son muchos los autores que hacen hincapié en la imperiosa renovación del citado artículo de nuestro Código Civil.

La labor de renovación del art. 96 CC comenzó con el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio, que obtuvo el visto bueno del consejo de ministros del 19 de julio de 2013.

Esta iniciativa del Gobierno viene dada por las reformas de la legislación de los países de nuestro alrededor. Se ha producido una modernización del derecho comparado² en el que España se encuentra en una cierta desventaja. A nivel interno, algunas legislaciones de comunidades autónomas ya establecen la custodia compartida como criterio preferente y regulan la atribución del uso para dichos supuestos por lo que el problema se produce a nivel estatal.

El objetivo del ACP rompe con lo establecido por la legislación y la jurisprudencia hasta ahora estableciendo la custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino más bien todo lo contrario. Además, recoge en su articulado, entre otras muchas medidas, la posibilidad de atribuir el derecho de uso al cónyuge no guardador por carecer de medios para adquirir una nueva vivienda, siempre que el cónyuge que ostenta la custodia de los menores disponga de medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. Asimismo se introduce de manera clara la limitación del uso atribuido en función de los distintos supuestos de las resoluciones matrimoniales.

A la espera de que dicho ACP entre en vigor, para analizar en profundidad los distintos criterios que encontramos en la ley actual y en la jurisprudencia vamos a desarrollar primero el concepto de vivienda familiar, un concepto que no se define en el Código Civil español así que lo extraemos de la jurisprudencia. Hacer alusión a este término es de suma importancia ya que para atribuir el uso de la vivienda familiar es necesario delimitar dicho concepto.

² GONZALEZ DEL POZO, J.P.: “Comentarios a la regulación e la custodia compartida en el Anteproyecto de Corresponsabilidad parental”. *Lefebvre, El Derecho*. 2014. (Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html Último acceso: 10 de junio de 2018).

A continuación consideramos que merece especial atención la caracterización del derecho de uso que se va a atribuir para otorgar la mayor seguridad jurídica al beneficiario del mismo aunque no sea el propietario o titular de la vivienda.

Más adelante realizamos un recorrido por los distintos criterios de atribución del uso de la vivienda destacando los supuestos en los que concurren menores de edad. Se hace hincapié en la estrecha relación de la atribución del uso con el régimen de custodia otorgado en el proceso de separación o divorcio respecto de los hijos, ya que al igual que las circunstancias concretas de la familia influye mucho en la decisión del juez de cara a asignar el uso a una u otra parte del proceso. También se estudian los casos en los que la pareja no tiene hijos o estos son mayores de edad e independientes económicamente.

Por último, en este trabajo se analiza el debate sobre la limitación del derecho de uso y la posibilidad de que los cónyuges no atribuidos soliciten la modificación o extinción del derecho atribuido en primer lugar por decisión judicial.

A lo largo de estas páginas, partiendo del mencionado art. 96 CC se realiza un análisis crítico de la legislación actual a nivel estatal en torno a la atribución del derecho de uso y se estudian las aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia.

2. LA VIVIENDA FAMILIAR

2.1. Concepto

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición precisa del concepto vivienda familiar, haciendo referencia a la vivienda habitual en diversas ocasiones con distintas acepciones: “vivienda”, vivienda familiar”, “vivienda habitual”. Para establecer una definición más completa e integradora debemos acudir a la Jurisprudencia y la Doctrina y extraerla del conjunto de la normativa³.

El art. 70 del CC se refiere al término domicilio conyugal: “los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”. El domicilio conyugal es el instrumento necesario para localizar e identificar a la familia mientras que el concepto de vivienda familiar va más allá, es un objeto patrimonial sobre el que se puede ser titular o poseedor⁴. La vivienda familiar coincidirá siempre con el domicilio conyugal a pesar de que este último concepto es más amplio que vivienda familiar.

Acudiendo a la jurisprudencia para encontrar una definición del concepto de vivienda familiar vemos que hay muchas muy genéricas y difusas pero cabe destacar una definición que se recoge en diversas sentencias como la SAP Sevilla de 14 de junio de 2011/381323, que se refiere a la vivienda familiar como “aquella que constituye la residencia normal, estable y permanente de la familia y el ámbito habitual del desarrollo de las relaciones conyugales y paternofiliales”. La importancia de esta definición radica en que en ella se recogen las notas o características básicas que debe reunir la vivienda familiar:

- Requisito de habitualidad⁵. Casos excepcionales⁶ atendiendo las circunstancias concretas se han alejado de este criterio permitiendo considerar como vivienda familiar la que salvaguarde de la manera más óptima el interés familiar sin tener en cuenta la habitualidad de la misma.

³ PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 2011 p.39.

⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “Definición y atribución del domicilio familiar”. *Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Seminario permanente deficiencias sociales. Documento de trabajo*, 2008, p.13-20.

⁵ Vid. BAENA RUIZ, E., *La vivienda...*, *op. cit.*, p. 4, y la doctrina a la que se refiere.

⁶ SAP de Jaén de 28 de abril de 2005/148995.

- Requisitos de habitabilidad recogidos en el art. 3.1.c) LOE⁷.
- Relaciones familiares, es decir, la familia ha de ser vista como un todo en vez de un conjunto de miembros individuales. Se produce una convivencia del núcleo familiar.

En la misma línea, la STS, de 31 de mayo de 2012 1^a, la define como:

“la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código Civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges”.

Un tema generador de conflicto en relación con este asunto es cuando los cónyuges consideran como viviendas familiares las segundas residencias o locales. Al ser un requisito indispensable para ser considerada vivienda familiar la habitualidad⁸ vemos cómo es incompatible el considerar a dos inmuebles como tales ya que solo uno de ellos gozará de esa característica. La vivienda familiar como objeto de protección es única. En caso de concurrir varias viviendas, una de ellas será considerada la principal y por tanto la susceptible de protección.

Así lo recoge la STS 1^a de 31 de mayo de 2012, al señalar 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”*, definiendo la vivienda habitual como:

⁷ El art. 3.1. c) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación recoge:

“con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, se establecen requisitos básicos de la edificación (...) relativos a la habitabilidad: higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos. Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades. Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio. Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio”.

⁸ MUÑOZ DE DIOS: “La vivienda familiar”, pp. 228 y 229, citada por ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas*, 2005, p. 386, np. 30.

“La aplicación del Art. 96 C.C exige que (...) constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el Art. 70 C.C, en relación al domicilio de los cónyuges”.

En el mismo sentido, la SAP Madrid de 22 de junio de 2012/1132, señala que: *“no será vivienda familiar la de temporada ni la de recreo, es decir, la secundaria, y claramente no merece esta calificación el solar aunque esté iniciada la construcción ni tampoco el edificio terminado pero no habitado todavía por los miembros del grupo familiar”.*

Como caso excepcional encontramos el art. 76.3 del Código de Familia de Cataluña, el cual regula como medida excepcional la atribución del derecho de uso de la segunda vivienda⁹.

2.2. Protección jurídica de la vivienda

La protección de la vivienda se produce tanto durante el matrimonio¹⁰ como en las situaciones de crisis matrimoniales, dedicando el ordenamiento jurídico especial atención a los supuestos de separación o divorcio en los arts. 90, 91, 96 y 103 CC. No solo encontramos esa especial protección en la ley sino que acudiendo a la jurisprudencia vemos cómo el Tribunal Supremo ha destacado en numerosas sentencias que a pesar de la fragmentación familiar producida, las viviendas familiares deben tratarse como un medio patrimonial que permita la continuidad de la vida familiar¹¹.

El Tribunal Constitucional en la STC de 31 octubre de 1986 también se pronuncia respecto de la protección de la vivienda familiar establecida en los Arts. 96 y 1320 C.C, señalando que ambas normas *“responden a la moderna tónica legal de protección del*

⁹ Vid: SAP Barcelona 29 julio 2002/279549:

“se trata de supuestos extraordinarios, bien porque la familia utilizase de forma indistinta dos fincas como residencias familiares simultáneas, o bien porque concudiesen circunstancias de índole extraordinaria que hiciesen que la limitación del derecho de propiedad de las otras fincas distintas de la primitiva vivienda familiar estuviese justificada por razones de orden público (reparto de la custodia de los hijos menores entre los cónyuges) , económicas (destino de la finca a actividades productivas indispensables para la familia) o de equidad.”

¹⁰ BAENA RUIZ, E., *La vivienda familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 1, CGPJ, 1992, p.3.

¹¹ STS de 31 diciembre de 1994.

interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario ¹².

¹² SAP La Rioja de 22 de junio de 2009.

3. DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

3.1. Naturaleza jurídica

Tradicionalmente se ha discutido si el derecho de uso de la vivienda familiar tiene carácter real o personal. Esta caracterización, en determinadas situaciones puede ocasionar gran trascendencia jurídica. En los casos en los que la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar se asigna al titular de la vivienda el debate no tiene lugar o por lo menos carece de sentido que así sea. Sin embargo, alberga especial interés el carácter del derecho de uso en los supuestos en los que el cónyuge no titular del inmueble goza del derecho de uso del mismo.

La principal diferencia que nos encontramos en cuanto a la caracterización del derecho de uso como derecho real o derecho personal es la oponibilidad frente a terceros. En caso de ser considerado como un derecho real, el cónyuge no titular de la propiedad pero sí del derecho de uso gozaría de unos efectos “*erga omnes*” oponibles frente a terceros. Dichos efectos no tendrían lugar de ser considerado el derecho de uso como un derecho personal.

Dentro del ámbito jurídico encontramos diferentes posturas al respecto. La mayor parte de la doctrina defiende el carácter real del derecho de uso de la vivienda familiar, sin embargo, encontramos algunos contrarios a esta opinión que defienden el carácter personal. En una postura intermedia se encuentran los que defienden¹³ que el derecho de uso no se posiciona en ninguna de las dos categorías descritas y por lo tanto hay que recurrir a una categoría “*sui generis*”.

Como hemos recalcado, para un gran sector doctrinal este derecho tiene un carácter eminentemente real. JUANES PECES y GALVÁN ARIAS¹⁴ presentan distintas razones:

*"A nuestro entender, tras un meditado estudio de la doctrina y de las sentencias expuestas en el presente trabajo, se pueden extraer las siguientes conclusiones:
- Tal atribución de la vivienda familiar constituye un derecho real. - Pero nos*

¹³ LACRUZ BERDEJO, J.L., “Introducción al estudio del hogar y ajueres familiares”, en VILADRICH BATALLER, J., El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 25 y ss.

¹⁴ JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J.R.: "La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial". *Revista lunes* 4,30. 108-1992., y también en *Diario La Ley*, 1992, pág. 969, tomo 3, *Editorial LA LEY*.

encontramos ante un derecho real sui generis, cuyo contenido vendrá determinado por la propia sentencia matrimonial. - Se trata de un derecho inscribible que produce eficacia real; excepción hecha de que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, en cuyo caso esta eficacia real será relativa, puesto que los derechos dominicales no pueden verse afectados por tal atribución. - Por último, decir que si un tercero adquiere una vivienda familiar, propiedad de ambos cónyuges, se deberá tener en cuenta el principio de fe pública registral".

Son numerosos los ejemplos que encontramos amparando esta caracterización en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la STS de 4 de abril de 1997 en la cual se niega el considerar el derecho de uso atribuido a la mujer como un usufructo, sino un derecho de ocupación oponible a terceros. Siguiendo esta línea, la doctrina de las Audiencias Provinciales también se refiere al mismo como un derecho de ocupación otorgado a uno de los cónyuges. En algún caso se ha hecho referencia a este derecho de uso particular como una clase de asistencia alimenticia peculiar adoptada para la protección del menor.

Por su parte, la postura contraria mantiene que se trata de un derecho personal oponible a terceros, que tiene naturaleza de derecho de crédito y que puede acceder al Registro de la Propiedad a través de nota marginal en virtud del art 98 RH¹⁵. La Dirección General de los Registros y Notariado afirma en su doctrina la admisión de la inscripción del derecho de uso independientemente de la naturaleza jurídica atribuida al mismo. La explicación se centra en que independientemente de la naturaleza jurídica atribuida, el derecho de uso supone una limitación a las facultades del cónyuge propietario a la hora de disponer del inmueble, todo ello con unos efectos “*erga omnes*”, de ahí que parezca lógica la posibilidad de acceso al Registro¹⁶.

Por último, conviene resaltar cambios importantes, como Resolución de 20 de febrero de 2004 de la Dirección General de los Registros y del Notariado donde se atribuye al derecho de uso de la vivienda el carácter de familiar. Se trata de una resolución muy novedosa porque a diferencia de la doctrina anterior la cual atribuía el carácter real con

¹⁵ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 84, nº 710, 2008, pp. 2518-2524.

¹⁶ Resoluciones de 25 de octubre de 1999 y de 19 de septiembre de 2007.

una eficacia “*erga omnes*”¹⁷, esta resolución argumenta que en este caso no existe naturaleza de derecho real. Esto es así porque solamente los derechos patrimoniales se distinguen entre obligacionales y reales, y el supuesto del derecho de uso es un derecho de carácter familiar. Ese es el razonamiento por el que no hay que exigir la fijación de un plazo máximo de duración. El derecho de uso concluye con la vida del que lo ostenta, sin perjuicio de la posible revocación por parte del juez.

3.2. Consecuencias jurídicas del acceso al Registro de la Propiedad

Para que el derecho de uso goce de plena eficacia debe ser oponible ante terceros y esto solo se puede conseguir a través de la inscripción en el Registro. De no ser este inscrito, el tercero de buena fe queda protegido y por lo tanto el derecho de uso no le puede perjudicar.¹⁸

Las resoluciones de 25 de octubre de 1999 y de 19 de septiembre de 2007 de la DGRN reiteran la oponibilidad del derecho ante terceros pero establecen como requisito que el tercero no pueda ser amparado por la fe pública registral.

Para el acceso al Registro del derecho de uso por parte de uno de los cónyuges es importante destacar que dicho acceso deberá respetar el principio de prioridad que rige el Registro.

3.3. Requisitos para el acceso al Registro de la Propiedad

Como hemos venido diciendo, el acceso al registro de la atribución judicial del derecho de uso no depende de la naturaleza jurídica con la que se clasifique al mismo.

Remarcando esta idea la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 25 de octubre de 1999 establece:

“Sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso, constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge

¹⁷ Resolución de 1 de septiembre de 1998.

¹⁸ Así lo expuso la STS de 22 de abril de 2004. El Tribunal Supremo resolvió que el derecho de uso del que gozaba la mujer tras la separación, caracterizado por las notas de provisionalidad y temporalidad, no puede ser opuesto a un tercero de buena fe, a quien se le ocultó su existencia.

propietario que produce efectos “erga omnes”, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido, por el artículo 34 de la L.H. (Ley Hipotecaria), que haría perder tal uso al cónyuge a quién se hubiera atribuido”. En esta misma línea se encuentra la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 al decir que “hoy en día, ..., no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad cuya extensión y límites viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, todo ello sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho Inmobiliario Registral”.

Por otro lado el modo de acceso al Registro sí se ve condicionado según el momento del procedimiento judicial.

La atribución del derecho de uso se puede conceder en el auto de medidas provisionales durante el procedimiento principal tal y como recoge el art. 103.2 CC. En este caso el acceso al Registro se realiza mediante una anotación preventiva de la demanda presentada.

Por otro lado puede tratarse de una medida definitiva recogida en sentencia firme. Es entonces cuando se procederá a la realización de una nota marginal a la inscripción del dominio el bien inmueble afectado, donde constará que dicho inmueble se encuentra gravado con un derecho de uso atribuido en todo o en parte, especificando la parte de ser este el caso.

Una vez analizadas las dos formas de acceso al registro, considero importante detenerme en la explicación de los requisitos que se deben dar para que dicha inscripción se lleve a cabo.

En todo caso será el Encargado del Registro en el ámbito de sus funciones de calificación el que deberá examinar el proceso, siempre respetando a la autoridad de cosa juzgada por la resolución judicial. Después de corroborar los requisitos, que a

continuación pasamos a examinar, el Encargado del Registro será el que conceda o impida el acceso del derecho de uso al mismo.

El Registrador de la propiedad no puede excederse en cuanto a la calificación de la resolución judicial puesto que es máxima autoridad competente el poder judicial. El ámbito de calificación que se realiza en el registro viene regulado en el art. 100 del Reglamento Hipotecario.

Los cuatro puntos clave sobre los que se centra esta clasificación son: la competencia del Juzgado del que emana la resolución; la congruencia del mandato con el procedimiento en que se hubiese dictado; las formalidades extrínsecas y los obstáculos que surjan del Registro, los cuales se pueden derivar de los distintos principios registrales como el de prioridad, legitimación o tracto sucesivo.

A modo de resumen podemos establecer los siguientes requisitos, derivados de la doctrina administrativa, para que el documento judicial presentado ante el Registro pueda acceder a la inscripción:

- a) Determinación del derecho de uso¹⁹.
- b) Respeto a los principios hipotecarios. Conviene destacar el principio de tracto sucesivo²⁰ al no haber sido parte en el procedimiento el titular registral de la finca. En el caso de que una tercera persona, ya sea esta física o jurídica²¹, sea propietaria del inmueble; la inscripción de la atribución del derecho de uso a uno de los cónyuges puede ser denegada²².

¹⁹ Resolución de 1 de septiembre de 1998.

²⁰ La Resolución de 19 de septiembre de 2007/158351.

²¹ La Resolución de 18 de octubre de 2003 denegó la inscripción en un caso en que la finca estaba inscrita a favor de una sociedad.

²² La Resolución de 28 de noviembre de 2002, denegó la inscripción del derecho atribuido a la mujer por figurar como titular registral de la vivienda en cuestión la madre del marido.

La resolución recoge textualmente:

"El recurso ha de ser desestimado. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo, el derecho de uso de la vivienda familiar no puede inscribirse si el bien está inscrito a favor de un tercero que no interviene en el procedimiento, por falta de tacto, pues, de otro modo, se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos e intereses legítimos y proscripción de la indefensión, así como los principios registrales de salvaguardia judicial de los asuntos, y tracto sucesivo (artículo 20 de la repetida Ley), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular registral o resultante en un procedimiento en el que no ha sido parte.

- c) No concurrencia de derecho de uso y titularidad registral en la misma persona puesto que la inscripción carece de sentido.
- d) Solo será inscribible la parte que le pertenezca al otro cónyuge²³.
- e) No es inscribible el derecho de uso si el usufructo de la finca está inscrito a nombre de tercero. Sin embargo, podría darse el caso de un usufructo y el uso que operará sobre la finca una vez que dicho usufructo se extinga²⁴.
- f) No es necesario establecer el plazo de duración del derecho de uso. Aunque no se señale el plazo de duración existe un límite máximo, la vida del cónyuge que goza del derecho de uso. Asimismo, la atribución no es irrevocable ya que al ser una medida ligada a un proceso de separación o divorcio las circunstancias del mismo pueden cambiar y por tanto la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar también.
- g) No es requisito señalar las circunstancias personales de los hijos, únicamente del cónyuge a quien se atribuye el derecho puesto que el objetivo de la inscripción es que el cónyuge titular en propiedad no pueda disponer del inmueble y el encargado de dicha defensa es quien ostenta el derecho de uso²⁵.
- h) No se puede atribuir el derecho de uso de la vivienda al solicitante y los hijos puesto que estos últimos se benefician del mismo pero no son titulares.

Alega el recurrente que la sociedad titular registral es una sociedad patrimonial cuyos únicos accionistas fueron en su origen ambos esposos y que, con posterioridad, la esposa devino en única accionista, por lo que el titular registral es un tercero formal pero no material, por lo que la Sentencia ha aplicado la teoría del "levantamiento del velo", pero tal argumentación no desvirtúa la regla general, y ello porque la sociedad no ha sido demandada como tal y, además, de la propia Sentencia resulta que en la misma no se ha abordado el tema de la titularidad de las acciones..."

²³ Resolución de 28 de mayo de 2005:

"...en cuanto a la cuarta parte en nuda propiedad inscrita a favor del marido, el recurso ha de ser estimado. El derecho de uso de la vivienda familiar es compatible con el derecho de usufructo perteneciente a persona distinta, pues, siguiendo la doctrina del usufructo de la nuda propiedad, tal derecho de uso recae sobre la nuda propiedad. Ello significa que, si bien la utilización de la cosa podrá tener limitaciones como consecuencia del usufructo existente, tal utilización será perfectamente posible al menos cuando el usufructo inscrito se extinga y se consolide en la nuda propiedad. Además, y, en todo caso, la constancia registral solicitada impedirá que la esposa pueda verse afectada por un acto dispositivo del marido hecho sin su consentimiento".

²⁴ Basilio J. Aguirre Fernández, en "La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado". Diario La Ley, Nº 7378, Sección Doctrina, 12 Abr. 2010, Ref. D-119, Editorial LA LEY, con cita de la RDGRN de 28 de mayo de 2005 (LA LEY 13132/2005), según la cual:

"...el derecho de uso de la vivienda familiar es compatible con el derecho de usufructo perteneciente a persona distinta, pues, siguiendo la doctrina del usufructo de la nuda propiedad, tal derecho de uso recae sobre la nuda propiedad. Ello significa que, si bien la utilización de la cosa podrá tener limitaciones como consecuencia del usufructo existente, tal utilización será perfectamente posible al menos cuando el usufructo inscrito se extinga y se consolide en la nuda propiedad"

²⁵ Resolución de 21 de junio de 2004.

4. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

El Código Civil español dispone en su art. 96:

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.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar supone uno de los aspectos más duros, junto con la guarda y custodia de los hijos, puesto que, como veremos más adelante, ambas medidas guardan una estrecha relación. La dificultad estriba en que la atribución del derecho de uso a uno de los cónyuges supone la privación del mismo al otro, con todas las consecuencias económicas, familiares y afectivas que ello conlleva.

Existen tres criterios para la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los conflictos matrimoniales:

- Realización de un acuerdo entre los cónyuges y por tanto sean ellos mismos los que decidan sobre la atribución del derecho de uso.
- Procedimiento judicial a través del cual será un juez el encargado de tomar tal decisión atendiendo a las circunstancias concretas del caso y siempre bajo el principio del interés familiar más necesitado de protección.

- En el caso de que ninguno de los cónyuges necesite especial protección y que ambos se encuentren en una situación de equilibrio, la atribución se realiza según la titularidad de la vivienda. Este ha sido considerado un criterio subordinado²⁶ por parte de la jurisprudencia.

4.1. Acuerdo entre las partes

Del primer apartado del art. 96 CC extraemos que el acuerdo entre las partes es el primer criterio de atribución, ya que solo será cuando este no se alcance cuando se accederá al procedimiento bajo el órgano judicial. Cuando los cónyuges opten por realizar un acuerdo sobre la atribución del derecho de uso para el supuesto de crisis matrimonial no significa que no intervenga la figura del juez, pues este deberá en todo caso revisar y aprobar el acuerdo. La diferencia respecto a la atribución judicial se da en tanto en cuanto el juez no es el que toma la decisión sino que simplemente valora la voluntad de las partes.

El acuerdo se puede realizar de forma pública a través de un Convenio Regulador (CR) o de forma privada.

4.1.1 Acuerdo plasmado en el Convenio Regulador.

El CR aparece recogido en los arts. 81, 82, 83, 86 y 87 del CC. Asimismo del art. 90 CC se deriva la necesidad de la aprobación judicial de dicho acuerdo plasmado en CR. En el mismo se recogerán las decisiones acordadas por los cónyuges, debiendo firmar y suscribir el convenio para presentarlo ante el juez, el cual tras revisarlo podrá tomar diversas decisiones respecto al mismo. Si los cónyuges no presentaran el CR ante el juez las decisiones acordadas en el mismo no gozarían de validez.

Entre las decisiones que puede tomar el juez respecto al CR encontramos:

²⁶ RAMÓN, F. L. “El derecho subjetivo a la vivienda”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, pp. 49-91.

- Ratificar y aceptar el contenido del convenio regulador previamente presentado por los cónyuges y adjuntarlo a su sentencia judicial, con lo cual este convenio pasa a ser considerado documento oficial público, lo que significa que debe ser de obligado cumplimiento.

- La otra opción es que el juez decida denegar el CR en su totalidad, o alguna de sus cláusulas. Esta opción se lleva a cabo cuando el juez considera que el contenido del CR contiene: *“acuerdos dañosos para los hijos o que resulten gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”* (art. 90.2 CC). El juez debe motivar su denegación y los pudiendo los cónyuges presentar en un plazo de *“diez días siguientes a la notificación de la resolución un nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente”* (art. 777.7 LEC).

4.1.2 Acuerdos privados de los cónyuges.

Para poder establecer acuerdos privados sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar que no requieran la ratificación u homologación de un juez debe darse un supuesto en el que los cónyuges no tengan hijos, o de tenerlos que estos sean mayores de edad e independientes económicamente de sus padres. De ser tal el supuesto, el acuerdo establecido entre los cónyuges tendrá validez frente a los mismos y frente a terceros. Los únicos requisitos que debe presentar el acuerdo para que este goce de eficacia son los elementos de consentimiento, objeto y causa recogidos en el art. 1261 CC.

Estos pactos privados deben referirse a cuestiones económicas y patrimoniales y deben respetar el principio de no contradicción a las leyes, la moral y el orden público recogidos en el art. 1255 CC.

Conviene recalcar que el acuerdo privado entre los cónyuges solo será válido y eficaz en los casos en los que se produzca ausencia de hijos o los mismos sean mayores de edad e independientes económicamente de los cónyuges puesto que en los casos en los que los

hijos sean menores de edad o estén incapacitados judicialmente los cónyuges deberán contar con aprobación judicial para realizar tales acuerdos.²⁷

4.2. Atribución judicial

En los conflictos matrimoniales que no medie acuerdo entre las partes, estos deberán acudir al órgano jurisdiccional para resolver las medidas que han de llevarse a cabo tras una ruptura.

4.2.1. Atribución del uso con hijos menores de edad

Cuando existen hijos menores de edad en el momento de la ruptura matrimonial, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar se basa en el principio de interés del menor²⁸ y por tanto es a ellos a quienes se les atribuye junto con el progenitor encargado de su custodia.

El interés del menor es el principio por el que se rigen todas las atribuciones de derecho de uso en las que los hijos, ya sean comunes o no, no hayan alcanzado la mayoría de edad. Tanto es así que incluso vemos en la jurisprudencia algún supuesto en el que el cónyuge, no titular de la vivienda, sea el que tiene los hijos no comunes puede ser atribuido con el derecho de uso, privando al cónyuge titular de un bien exclusivo²⁹. Otro sector de la doctrina ampara la atribución de la vivienda al titular de la misma cuando los hijos no comunes pertenezcan al cónyuge no titular³⁰.

²⁷ La SAP de Murcia de 8 de octubre de 2013/275528, establece que :

“los cónyuges pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales, añadiendo que la doctrina reconoce plena eficacia ‘inter partes’ a los citados convenios entre los cónyuges, incluso aunque carezcan de la sanción judicial (...) este principio de autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones en la indisponibilidad de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, entre las que destacan las referidas a los hijos menores del matrimonio. Por ello estas medidas exigen su aprobación judicial (art. 90 CC)”.

²⁸ El interés superior del menor es uno de los principios básicos del Derecho de Familia. Señala el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, que la normativa relativa a este interés tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por Jueces y Tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores y cabe recurso de casación contra las resoluciones que no hayan atendido al mismo. En este sentido añade el TS en su sentencia del 11 de noviembre de 2011 que los Jueces podrán adoptar de oficio todas las medidas necesarias para la protección de dicho interés, considerando siempre las circunstancias personales del menor en cada caso.

²⁹ SALAZAR BORT, S., “La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido”, *Tirant lo Blanch, Valencia*, 2000, p. 42.

³⁰ GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013, p. 110.

La ruptura matrimonial no supone la pérdida de la patria potestad de los padres respecto de los hijos menores de edad y por tanto no es tal el asunto que se resuelve en el proceso. Se determina cuál de ellos va a ostentar la guarda y custodia o si van a hacerlo conjuntamente. La atribución del derecho de uso va estrechamente ligada con la modalidad de custodia establecida por el juez, a falta de acuerdo, por lo que se siguen distintos criterios de atribución³¹.

En definitiva, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos en los que concurren menores de edad se realizará teniendo en cuenta el interés del menor³² como regla general.

4.2.1.1. *Guarda y custodia unilateral o exclusiva*

La custodia unilateral o exclusiva hasta la reforma del Código Civil era la medida general adoptada por los jueces dejando en un segundo plano o como medida especial la custodia compartida. La custodia exclusiva implica que uno de los dos padres va a quedar al cuidado y en convivencia con el hijo o hijos habidos en la pareja o en el matrimonio, otorgándose a favor del progenitor no custodio un derecho de comunicaciones y visitas para estar con su hijo o hijos, así como la obligación de pago de una pensión alimenticia para éstos.

En torno a esta modalidad de custodia cabe preguntarse si la atribución del uso es automática y por otro lado, si existe algún supuesto en el que a pesar de otorgar la

³¹ GÓMEZ MEJÍAS, A.M. “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: Sentencias clave”. *Diario La Ley*, Nº 8734, Sección Dossier, 5 de Abril de 2016, Editorial LA LEY.: “La medida sobre la custodia incide de manera clara sobre los pronunciamientos económicos de las sentencias, y en concreto sobre la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda familiar.”

³² Vid STS de 17 de junio de 2013, en la que se establece que el interés de menor

"es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros".

guarda y custodia exclusiva de los menores a uno de los cónyuges, pudiera atribuirse el derecho de uso al cónyuge no custodio.

A tenor del artículo 96.1 CC podemos decir que en cuanto a la automaticidad de la atribución del derecho de uso es el criterio seguido en los casos en los que no medie acuerdo entre las partes, sin la posibilidad de alegar otro interés más necesitado de protección como excepción. Esto ha provocado que en algunas ocasiones se haya atribuido el uso y disfrute al cónyuge custodio no titular, a pesar de contar este con una vivienda apta para realizar su cargo de guarda y custodia de los menores, privando al titular de la vivienda familiar de un bien exclusivo³³.

Para evitar supuestos en los que se perjudique desproporcionadamente a uno de los cónyuges por aplicar de manera automática la atribución del uso, hay que interpretar el artículo como una preferencia a favor del cónyuge custodio por relación con el principio del “*favor filli*”³⁴.

En cuanto a la segunda cuestión, de seguir el criterio de automaticidad parecería imposible la atribución del cónyuge no custodio. Sin embargo, al coincidir la mayor parte de la doctrina en que el art. 96 CC no debe interpretarse de forma literal, e incluso apoyar la reforma que se ha venido planteado a lo largo de los últimos años, se puede decir que a pesar de no ser el criterio general, para los casos en los que el interés del cónyuge no custodio sea considerado necesitado de mayor protección que el de los menores, el juez podrá concederle el uso y disfrute de la vivienda aun tratándose de una custodia exclusiva³⁵.

4.2.1.2. *Guarda y custodia repartida*

El régimen de guarda y custodia repartida se regula en el art. 96.2 CC que expresa lo siguiente: “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en

³³ Vid STS de 10 de febrero de 2005/922.

³⁴ SALAZAR BORT, S., “La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido”, *Tirant lo Blanch, Valencia*, 2000, pp. 17-20.

³⁵ Vid STS de 21 de junio de 2011/236085, en la cual el tribunal instaura que el juez encargado de la resolución deberá considerar cuál es el interés necesitado de protección sin que ello signifique que en todo caso sea el de los menores de edad, pudiéndose tratar del interés de uno de los cónyuges.

la del otro, el Juez resolverá lo procedente”. Por tanto, al contrario que en los supuestos de custodia exclusiva, el juez goza de libertad de decisión para la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. La libertad que se le concede al juez debe resultar en una decisión suficientemente motivada, teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección.

En este supuesto los dos cónyuges ostentan la guarda y custodia simultáneamente pero no de los mismos hijos, sino que estos se encuentran distribuidos. La atribución de la vivienda la resolverá el juez ponderando los distintos factores del caso concreto.

En algunos casos la jurisprudencia le otorga el uso al cónyuge titular custodio de al menos uno de los hijos³⁶, y en otros el uso es atribuido al cónyuge no titular por gozar de un interés más necesitado de protección. Esto suele ser porque guarde a un mayor número de hijos, se encuentre ante dificultades económicas o a otro tipo de factores³⁷ relacionados con el interés de protección.

Ahora bien, la custodia repartida es un régimen muy criticado puesto que supone la distribución de los hijos y por tanto la separación entre hermanos que son en la mayoría de los casos el mayor apoyo de los unos para los otros puesto que están pasando por la misma situación. Es por ello, que el régimen de custodia repartida solo se utiliza cuando las circunstancias concretas del caso así lo aconsejen por problemas de convivencia o cuando el juez considere que se trata de la medida más oportuna para los menores de edad.

4.2.1.3. *Guarda y custodia compartida*

La custodia compartida era hasta hace muy poco considerada como subsidiaria respecto del criterio general de custodia monoparental. Esta modalidad, sin embargo, ha adquirido especial relevancia práctica a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio, que introdujo en el Código Civil la regulación del régimen de la custodia compartida en los supuestos de crisis matrimoniales.

³⁶ GIL MEMBRADO, C. *Op., cit.*, p. 149.

³⁷ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, p. 67.

La STS de 25 de noviembre de 2013/2637, estipula sobre el art. 92. 8 CC³⁸:

“la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

Al contrario que la custodia exclusiva, la custodia compartida permite ser a ambos cónyuges guardador a través de un sistema de alternancia. Dicha alternancia no tiene por qué ser equitativa entre los dos progenitores.

Además, con el régimen de custodia compartida se fomenta la integración del menor con los dos progenitores, evitando así el sentimiento de pérdida que comúnmente perciben los menores después de la separación de sus padres. No se cuestiona la idoneidad de los padres, estimulando la cooperación entre ambos para lograr el mayor beneficio del menor, objetivo primordial del proceso³⁹.

De la regulación de la custodia compartida en el código civil se extrae que esta se puede llevar a cabo en dos situaciones:

En primer lugar, el caso más común de custodia compartida se establece cuando así lo soliciten los cónyuges de mutuo acuerdo⁴⁰.

En segundo lugar, también se podrá llevar a cabo esta medida cuando únicamente la solicite uno de los cónyuges junto con un informe del Ministerio Fiscal, sin la

³⁸ ART 92.8 CC: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe **favorable** del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

³⁹ Vid STS de 27 de junio de 2016/3698.

⁴⁰ Vid art. 95.2 CC.

obligación de ser favorable⁴¹, y si el juez así lo estima oportuno teniendo en consideración el interés necesitado de protección del menor.

A pesar de que se pueda otorgar la custodia compartida incluso en contra de la voluntad de uno de los cónyuges, es necesario que al menos uno lo solicite⁴². Este requisito no se presenta en algunas comunidades autónomas como Aragón, Cataluña y Comunidad Valenciana, en las que prima el criterio de custodia compartida sobre el resto de criterios legales.

En cuanto a la atribución del derecho de uso para los casos de custodia compartida, la reforma del año 2005 ha sido objeto de crítica constante ya que, tal y como declara PINTO ANDRADE:

“el legislador, al modificar en el año 2005 el art. 92 CC abriendo la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de forma compartida a ambos progenitores, no introdujo ninguna norma que reflejara una regulación sobre la forma de atribución en estos casos de la vivienda familiar, por lo que la cuestión ha sido objeto de grandes críticas por cuanto la reforma de 2005 debió ser valiente y afrontar también la modificación del art. 96 CC”.

En cuanto a las comunidades autónomas que priorizan la custodia compartida, se aprecia cómo en sus legislaciones sí se regula la atribución del derecho de uso de la vivienda para este régimen. A modo de ejemplo vemos cómo la legislación catalana⁴³ establece: *“la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en diferentes casos, uno de ellos es si la guarda y custodia de los hijos*

⁴¹ El inciso ‘favorable’ contenido en art. 92.8 CC, fue declarado inconstitucional y nulo por STC de 17 de octubre de 2012/185. El Tribunal estima que la condición de que el informe fuera favorable atentaba contra la independencia del juez estableciendo que la decisión del juez no puede quedar sometida *“al parecer único del ministerio fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente la prueba practicada”*.

⁴² Vid STS de 29 de abril de 2013/3269, la cual establece como requisito imprescindible para la adopción de la custodia compartida, la solicitud de dicho régimen por parte de al menos uno de los padres.

⁴³ Art. 233-20-3 del Código Civil de Cataluña, introducido por la integración de la Ley Catalana 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y a la familia. BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

queda compartida o distribuida entre los progenitores". La legislación aragonesa⁴⁴ a su vez señala: *"en los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares"*.

En cuanto a la Comunidad Valenciana⁴⁵, esta regula que en los casos de custodia compartida, la atribución del derecho de uso se otorgará en función de lo que se considere más conveniente para los menores, teniendo en cuenta al cónyuge cuyo interés sea más necesitado de protección.

Volviendo al ámbito estatal y al vacío legal que en este encontramos respecto a la atribución en los supuestos de custodia compartida, encontramos dos posturas.

Un sector de la doctrina⁴⁶ y la jurisprudencia⁴⁷ se inclina por la aplicación del art. 96.2 CC, que establece que: *"Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente"*.

El problema de esta postura es que el art.96.2 CC regula los casos de custodia repartida puesto que en él se refiere a las situaciones en las que uno de los cónyuges ostenta la custodia de alguno de los hijos, encargándose el otro del resto. En la custodia compartida no se *"reparten"* los hijos, sino que son ambos cónyuges los guardadores de todos los hijos pero por periodos alternos. Este argumento es el que alega la otra postura de la doctrina⁴⁸, el cual defiende la aplicación del art. 96.3 CC en el que se señala que:

"No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que,

⁴⁴ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de *"Código del Derecho Foral de Aragón"*, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011, pp. 6490 a 6616.

Vid. Título II, De las relaciones entre ascendientes y descendientes, artículo 81.1 CDFA.

⁴⁵ Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

⁴⁶ TAPIA PARREÑO, J. J., *"La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales"*, en TAPIA PARREÑO, J. J., *Custodia compartida y protección de menores*, CGPJ, Madrid, 2010, p. 233.

⁴⁷ Vid STS de 24 de octubre de 2014/5180.

⁴⁸ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., *"El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida"*, *Diario La Ley*, n° 7206, 2009, pp. 2050-2055.

atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

En este criterio prima el interés más necesitado de protección de los cónyuges al igual que en las legislaciones autonómicas que han regulado sobre la materia por lo que podemos decir que se trata de un sector mayoritario el que ampara la aplicación del art 96.3 para los casos de custodia compartida.

La atribución se puede hacer a favor de uno de los cónyuges o de ninguno, ya que el tribunal puede optar por la liquidación de la vivienda familiar viéndose los cónyuges obligados a obtener cada uno de ellos otro domicilio en el que ocuparse de la guarda y custodia de sus hijos durante el periodo de tiempo que se les haya asignado. Esta decisión suele ser acordada por el juez cuando el mismo no considera que exista un interés más necesitado de protección entre los cónyuges. A modo de ejemplo encontramos la STS de 17 de noviembre de 2015/658, en la que tras otorgar a la madre un tiempo prudencial para encontrar otra vivienda establece que la vivienda familiar será sometida a la liquidación por no hallarse ninguno de los progenitores en situación de interés más necesitado de protección. En ella se expresa textualmente:

“Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales”.

4.2.1.3.1. Sistemas de atribución de la vivienda

Como no existe normativa legal en el CC para la atribución del derecho de uso cuando se trata de casos de custodia compartida, el juez debe valorar el interés más necesitado de protección para tomar la decisión. La valoración de dicho interés dependerá de factores⁴⁹ como el número de hijos que concurren en el matrimonio, el nivel económico de ambas partes del proceso y la posibilidad de acceso a otra vivienda, en caso de no ser atribuido, de cada uno de los progenitores.

A pesar de existir muchos modelos de atribución⁵⁰ de la vivienda para los casos de custodia compartida vamos a centrarnos en los dos más corrientes⁵¹.

4.2.1.3.1.1. Sistema de domicilio fijo

Este sistema también es conocido como el sistema de “vivienda nido” ya que los hijos comunes permanecen en el domicilio considerado vivienda familiar de forma constante y son los cónyuges los que por periodos alternos ocupan la vivienda para ejercer la custodia de los menores.

Los periodos alternos en los que los padres ocupan la vivienda familiar pueden ser iguales o no dependiendo de la custodia otorgada a los padres⁵².

⁴⁹ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, p. 70.

⁵⁰ La pernocta, el sistema de estancia no igualitaria (SAP de Girona de 28 de febrero de 2014 – JUR 2014,114459-), y la división física de la vivienda habitual (STS de 30 de abril del 2012).

⁵¹ UREÑA CARAZO, B., “Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014 de 24 de octubre)”, *Diario La Ley*, 2015, pp. 7-8.

⁵² RODRÍGUEZ CARO, M. V.: “La atribución del uso de la vivienda en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental. ¿Final de la polémica sobre la limitación temporal?”, *Noticias Jurídicas*, junio 2015. En este mismo sentido, SANTOS MORÓN, M. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014), *Estudios*, pp. 1-36, p. 16, explica que

“[e]n cuanto a la hipótesis de custodia compartida, aunque se admite la posibilidad de atribuir el uso por periodos alternos a ambos progenitores, se prevé la asignación de la vivienda familiar al progenitor que tenga más dificultades de acceso a ella. La regla no difiere mucho de la propugnada por la doctrina. La atribución del uso alternativo de la vivienda a los progenitores se ha planteado habitualmente como una posible solución en los casos de casos de custodia compartida, pero es mayoritariamente rechazada dados los problemas que conlleva. De ahí que la doctrina se haya inclinado por atender a las necesidades de los cónyuges para decidir sobre la atribución de la vivienda, si bien se observa que cuando la vivienda familiar es privativa, la solución más idónea es que conserve su uso el propietario de ella”.

Esta modalidad de atribución de la vivienda puede considerarse como la más beneficiosa para los hijos ya que les proporciona estabilidad y constancia en su día a día. Sin embargo para los cónyuges puede suponer un perjuicio muy grave. Por un lado aparece el aspecto económico en cuanto esta modalidad obliga a los padres a tener una segunda residencia a la que acudir cuando no ostentan la custodia y por tanto es uso y disfrute de la vivienda familiar, y por otro lado el aspecto personal. En el caso de que en la segunda vivienda se constituya un nuevo núcleo familiar, este quedará desatendido cuando el cónyuge deba acudir a la vivienda en la que habitan sus hijos menores de los que debe hacerse cargo.

Otra desventaja del sistema de domicilio fijo son las disputas entre los cónyuges que se pueden generar por compartir la vivienda. Dichas disputas se suelen originar por gastos extraordinarios en cuanto a la vivienda, reformas o decisiones sobre compra y decoración de la casa. Al final la opción aparentemente más beneficiosa para los hijos puede repercutir de una forma negativa en los mismos convirtiéndose la vivienda familiar en un “campo de batalla”.

4.2.1.3.1.2. Sistema de domicilio rotatorio

En esta modalidad son los hijos los que se trasladan de un domicilio a otro en función del tiempo de custodia con cada uno de los cónyuges que haya estipulado el juez. Ambos progenitores deberán contar con una vivienda que surtirá los efectos de vivienda familiar cuando los niños habiten en ella por lo que los menores en estos casos gozan de dos viviendas familiares.

Este sistema es el más utilizado en los supuestos de custodia compartida en nuestro país. Ello sin exigir dos requisitos esenciales para proteger el interés del menor⁵³.

⁵³ La sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJA) de fecha 28 de mayo de 2015 estableció: “*siendo probadamente idóneos ambos progenitores, lo más conveniente al interés del niño es no sacarle de su entorno, máxime cuando con ello no sólo se le restringe la relación con su padre y familia paterna sino que se introducen modificaciones en sus hábitos, escolarización, costumbres, incluso con un idioma diferente*”. Añadiendo: “*El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia*”

- Las viviendas que ocupan los progenitores y por tanto, las dos viviendas familiares de los menores deben hallarse próximas.
- Ambos domicilios deben situarse dentro del mismo entorno al que pertenecía el menor antes de la separación de sus progenitores.

Por otro lado en estos supuestos, al atribuir el derecho de uso a uno de los cónyuges el “*favor filii*” no justifica “*per se*” la decisión judicial, ya que los hijos conviven con el atribuido y con el despojado de tal derecho por periodos de tiempo similares e incluso idénticos.

Esta realidad está muy presente en el debate doctrinal⁵⁴ dado a la gran injusticia que puede generar en uno de los cónyuges. En ella se encuentran alegaciones como: “la forma óptima de cohonstar todos los intereses en juego en materia de vivienda familiar es que el cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar compense económicamente al que se ve privado del derecho a ocupar una vivienda que es total o parcialmente suya. Sólo en supuestos de incapacidad económica del cónyuge usuario el juez debería exonerarle de pagar tal compensación que puede traducirse en el pago de una renta (como sucede en Valencia) o que tal uso sea valorado, en caso de que rigiera la sociedad de gananciales, en su liquidación como activo que se adjudica a uno de los cónyuges”⁵⁵.

4.2.2. Hijos mayores de edad dependientes económicamente.

Una de las cuestiones que no aparece reflejada en el art. 96 CC es si los hijos mayores de edad se consideran incluidos dentro del primer apartado del citado artículo o no, ya

⁵⁴ TAMAYO CARMONA, J. A.: “¿Patrimonialización del derecho de uso sobre la vivienda familiar?”, *Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, segundo semestre, 2011; o CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio, 2014.

⁵⁵ CUENA CASAS, M.: “Uso...”, *op. cit.*, p. 36.

que en él se hace alusión al término “hijos” sin hacer ninguna aclaración sobre la mayoría de edad.

Una parte de la doctrina se posiciona a favor de considerar tanto a los hijos menores de edad como a los que ya hubieran alcanzado la mayoría de edad y sean dependientes económicamente de sus padres en el momento de resolución del proceso. En contraparte existe otro sector de la doctrina, mayoritario, que defiende que para la atribución del derecho de uso en virtud del art. 96.1 CC solo se tendrán en cuenta a los hijos menores de edad⁵⁶.

Cuando solo concurren hijos mayores de edad dependientes económicamente de los progenitores la doctrina se vuelve a dividir:

La jurisprudencia establece en algunos casos que al concurrir solo hijos mayores de edad pero dependiente económicamente debe seguirse el art. 96.1 CC puesto que son titulares de un derecho de alimentos en el cual se incluye el derecho de habitación y por lo tanto se les atribuye el uso y disfrute de la vivienda junto al cónyuge con el que convivan.

En otros supuestos la jurisprudencia aplica el art. 96.3 CC, es decir resuelve del mismo modo que los casos en los que no concurren hijos en la pareja, atendiendo al interés más necesitado de protección de los cónyuges. Ahora bien, uno de los factores a tener en cuenta para valorar el interés de protección es la convivencia del cónyuge con hijos dependientes económicamente. La diferencia entre ambos criterios es que en el segundo no se atribuye el uso de la vivienda de manera automática por el hecho de que concurren hijos dependientes, sino que el juez valorará todas las circunstancias del caso y tomará una decisión en función del interés más necesitado de protección.

4.2.3. Sin hijos o con hijos independientes económicamente

Dispone el art. 96 CC en su párrafo tercero: *“No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponderá al*

⁵⁶ Vid STS de 5 de septiembre de 2011/5677.

cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

En el artículo no hay mención a la procedencia del inmueble, ni distinción en cuanto al carácter de la vivienda, ya sea esta privativa o ganancial. De ello deriva la cuestión de si la atribución del uso del domicilio familiar cuando no existen hijos menores de edad, puede hacerse a favor de un cónyuge con independencia de quién sea el titular de la vivienda.

Son numerosas las resoluciones de las audiencias provinciales que establecen la posibilidad de atribuir el derecho de uso sobre la vivienda al cónyuge no titular del mismo al tratarse de un bien privativo dentro de la sociedad de gananciales del matrimonio extinguido o encontrarse este en un régimen de separación de bienes. Del mismo modo se puede atribuir indistintamente a cualquiera de los cónyuges el uso de la vivienda propiedad indivisa de los mismos o incluso el uso de la vivienda ganancial con un límite temporal señalado y sin que ello perjudique de ningún modo la pertenencia de la vivienda a la masa liquidable, que una vez ejecutada podrá ser adjudicada a cualquiera de los cónyuges.

Esto también sucede en los casos en los que la vivienda pertenece a un tercero. El derecho de uso sigue siendo efectivo, con todos sus efectos sin que afecte el título o naturaleza jurídica previo a la ruptura del matrimonio.

Tampoco es un impedimento para atribuir el uso de la vivienda familiar el que existan dudas acerca de la titularidad de la vivienda. En tales situaciones el juez procederá al estudio pormenorizado de la documentación correspondiente para tomar una decisión.

De todo ello deriva la necesidad de examinar los distintos criterios que se deben dar en el caso de que el matrimonio no tenga hijos o estos sean mayores e independientes económicamente y la atribución del derecho de uso.

El primero de ellos se centra en el interés más necesitado de protección, para cuya valoración hay que tener en cuenta el mayor número de circunstancias de los cónyuges tales como la ausencia de otro inmueble que permita servir de alojamiento al cónyuge que solicita la atribución, las dificultades económicas que le impidan acceder a uno a través de la compra o alquiler del mismo, la concurrencia de varias personas que habitan

con el solicitante, y de no serle concedido el derecho de uso suponga la salida del inmueble de todos ellos como podría ser el caso de hijos mayores independientes económicamente o ascendientes u otra clase de circunstancia de la vida cotidiana como la proximidad al centro de trabajo o al centro de salud para casos de tratamientos médicos. Tanto el interés más necesitado de protección como las circunstancias que indiquen que es conveniente la atribución del derecho de uso a uno de los cónyuges deberán ser apreciados por un juez.

Ahora bien, la atribución del derecho de uso al cónyuge no titular debe ser una medida excepcional. Tal y como defiende un gran sector doctrinal⁵⁷, la regla general establece que el cónyuge titular será el beneficiado del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos en los que no concurren hijos menores.

El criterio de la titularidad de la vivienda debe utilizarse siguiendo a PINTO ANDRADE⁵⁸ cuando *“aparentemente ambos cónyuges merecen igual protección y no se observa una situación de auténtica necesidad o penuria económica en alguno de los cónyuges”*.

El juez asignará la atribución del derecho de uso sobre la vivienda dependiendo del carácter que ostente la misma pudiendo tratarse de privativo o ganancial.

- Cuando la vivienda se trate de un bien privativo de uno de los cónyuges y por lo tanto le pertenezca exclusivamente la atribución del derecho de uso le corresponde al mismo tal y como ampara la doctrina en distintas sentencias como la SAP de Cádiz de 24 de junio de 2014/203533, reiterando la sentencia del JPI nº 6 de Jerez de la Frontera, de 6 de febrero de 2014.
- Para los casos en los que la vivienda constituye un bien ganancial y por lo tanto pertenece a ambos cónyuges la jurisprudencia distingue tres formas de proceder:
 - o La menos corriente es que los tribunales decidan que no se le atribuye el derecho de la vivienda a ninguno de los cónyuges⁵⁹.

⁵⁷ SAP Castellón de 9 de febrero de 2006/128.

⁵⁸ Vid PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, p. 75.

⁵⁹ SAP de Málaga de 21 de noviembre de 2012/182254.

- Otra solución también acordada en escasas situaciones por los problemas que puede ocasionar entre los copropietarios es que el juez decida atribuir el uso a ambos procediendo a una división tanto física como material de la vivienda.
- La solución más adoptada por los tribunales es la atribución alterna del derecho de uso sobre la vivienda. Dicha alternancia se produce hasta que liquida la sociedad de gananciales de la cual forma parte la vivienda en cuestión. Son muchas las sentencias en las que encontramos esta forma de resolución del conflicto de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda ganancial⁶⁰.

La atribución judicial del derecho de uso , sin embargo, no afecta a la liquidación de gananciales. Hay sobre este asunto abundante jurisprudencia del TS⁶¹ en la que se sostiene que ni la liquidación ni tampoco la división de la cosa común tengan como efecto la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar.

Por supuesto, siempre hay que prestar atención a lo que se haya estipulado en la sentencia sobre este tema, porque puede haber la posibilidad de que el uso concedido esté sujeto a un límite temporal, normalmente establecido para la efectiva liquidación de la sociedad conyugal.

⁶⁰ STS de 14 de noviembre de 2012/10432, SAP de Madrid de 22 de noviembre de 2012/19578.

⁶¹ STS de 4 de abril de 1997/1396.

5. LIMITACIÓN TEMPORAL DEL DERECHO DE USO.

El art. 96 del CC es también criticado en cuanto a la limitación de la atribución del derecho de uso ya que solo hace referencia al mismo en los casos en los no existan hijos de los cónyuges, estableciendo que el uso concedido al cónyuge no titular, puede establecerse por el tiempo que prudencialmente se fije, siempre atendiendo al interés más necesitado de protección. Sin embargo, el derecho de uso no se trata de un derecho vitalicio tal y como afirma PINTO ANDRADE⁶²,

“haya o no haya hijos en el matrimonio, la atribución judicial del uso de la vivienda familiar es esencialmente provisional y temporal bien inicial bien sobrevenidamente. Sin embargo, tal temporalidad discurre de diferente manera en cada caso, pues la atribución se efectúa en consideración a diferentes motivos y circunstancias con los que, precisamente, deben ponerse en relación a la hora de determinar la temporalización”.

Al realizarse tal atribución en función de los motivos y circunstancias concretas, debemos distinguir si la atribución de la vivienda se ha realizado en virtud de acuerdo de las partes o por atribución judicial y, a su vez, si la misma ha sido como consecuencia del otorgamiento de la custodia de los hijos menores o, resultado de la atribución al cónyuge más necesitado de protección.

Cuando concurren hijos mayores dependientes económicamente la mayor parte de la jurisprudencia señala el límite temporal de la atribución del derecho de uso en tanto en cuanto el hijo se independice económicamente⁶³.

La mayoría de las resoluciones optan por señalar explícitamente la relación entre la medida y el motivo de concesión del uso puesto que la fijación de un plazo de duración fijo puede que no sea lo más conveniente, ya que al finalizar el plazo fijado, puede persistir la situación de dependencia económica de los hijos respecto de los padres⁶⁴.

⁶² PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, p. 77.

⁶³ STS de 3 de julio de 2014/4254.

⁶⁴ MIRANDA, F. J. F., MELÉNDEZ, D. B. M., PEYRONA, D. J. G., & PUÉRTOLAS, D. F. J. H. “La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial”. *ponencia publicada en las Actas De los decimocuartos encuentros Del foro de derecho Aragonés*, Zaragoza, 2004, p. 52.

Por el contrario, el criterio seguido en los casos en los que los hijos no han alcanzado la mayoría de edad es opuesto, ya que si la causa de la atribución del derecho de uso es la minoría de edad, este deberá ser otorgado hasta que los hijos cumplan la edad requerida y por tanto desaparezca dicha causa. La STS de 29 de mayo de 2015 reiteró como doctrina:

“la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Esto quiere decir que se limita la atribución del derecho de uso a la mayoría de edad de los hijos y no se considera como la pensión de alimentos, hasta que los hijos sean independientes económicamente; sino que, una vez alcanzada la mayoría de edad por parte de los hijos no es necesario atribuir automáticamente el derecho de uso al cónyuge al cual había sido concedido por esta razón. Esto no impide que ambas partes puedan instar un nuevo régimen de atribución en función de las condiciones personales o el interés de protección de los mismos o incluso con motivo de la dependencia económica de los hijos, pero la atribución por la minoría de edad queda extinguida.

Hay otros casos. Hay juzgados en los que se ha decidido imponer el límite de la atribución del uso a favor de los hijos menores hasta la “liquidación del régimen económico matrimonial”, sin hacer alusión a que estos menores hubieran cumplido o no la mayoría de edad. El TS se opone a esta opción, así lo reitera en sus sentencias de 29 de mayo de 2014 y 2 de julio de 2014 en las que estipula: *“la limitación de la atribución del uso de la vivienda, habiendo hijos menores, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales se opone al contenido del Artículo 96 CC, que no permite establecer ninguna mientras los hijos sean menores”.*

La STS de 23 de enero de 2017 así lo reitera señalando que cuando los hijos cumplen la mayoría de edad deberán valorarse de nuevo las circunstancias de los cónyuges en tal momento para tomar una decisión respecto a la vivienda que venía ocupando el cónyuge atribuido del derecho de uso.

Cuando no existen hijos menores o dependientes, vemos cómo en el plano práctico se limita el uso atribuido a la parte necesitada de protección. Volviendo a PINTO ANDRADE⁶⁵, *“la literalidad del art. 96.3 CC, aun cuando concurre un criterio de libertad en la atribución del uso de la vivienda, viene condicionada y sujeta a la fijación de un plazo tasado y determinado de duración al señalar por el tiempo que prudencialmente se fije”*.

A pesar de que tradicionalmente⁶⁶ no aparecía de forma expresa el plazo de limitación del derecho de uso concedido, puesto que se entendía que este era atribuido hasta que desapareciera la causa que hacía que el cónyuge fuera considerado como necesitado de especial protección, actualmente los tribunales plasman en sus resoluciones un plazo, que al contrario que en los casos de concurrir hijos dependientes económicamente, no guarda relación con el motivo que ocasionó la atribución del derecho de uso.

La SAP de Zaragoza (2ª) de 3 de junio de 2002/353, señala para el caso de atribución del derecho de uso a favor del cónyuge más necesitado de protección y sin concurrir hijos que:

“...En lo que respecta a la atribución del uso del domicilio familiar, es cierto que en ausencia de hijos comunes, o siendo estos independientes económicamente, la atribución del uso del domicilio común a uno de los cónyuges no puede prorrogarse indefinidamente, pues en tal caso el derecho de aquel a quien se quiere proteger en los arts. 96 y 103 del C.C. entraría en colisión con los derechos del otro cónyuge de acceder a la liquidación y reparto efectivo del patrimonio común, sentido en el que el art. 96.3 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta (vid STS 23 noviembre 1998 TS 1ª 23-11-98) prevé una asignación temporal al cónyuge no titular, criterio extensible al caso de titularidades compartidas so pena de desconocer los derechos que en cualquier comunidad de bienes otorga a los comuneros los arts. 392 y s.s., particularmente el de solicitar la división de la cosa común (art. 400 C.C.); sin embargo, tal derecho, que debe seguir atribuido a la

⁶⁵ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, p. 78.

⁶⁶ Vid. SAP de Barcelona de 4 julio de 2008/315692.

esposa, por cuanto es en ella en quien debe entenderse reside el interés más necesitado de protección...”.

6. MODIFICACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN Y EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO.

Una vez acordada la atribución del derecho de uso, ya sea a través del pacto entre los cónyuges o judicialmente, según las circunstancias del proceso en el momento del litigio, cabe plantearse la revocabilidad, es decir si la atribución concedida es definitiva o por el contrario puede ser modificada.

Al hablar de la limitación temporal del derecho de uso sobre la vivienda familiar vemos cómo el surgimiento de nuevas circunstancias que conciernan al caso pueden modificar o incluso extinguir el derecho de uso concedido⁶⁷. En caso de ser extinguido será el titular del inmueble quien ocupe o disponga del domicilio familiar.

Ese cambio en las circunstancias debe ser sustancial⁶⁸, alterando las que se dieron al dictar la sentencia. Este requisito es esencial para que se inicie el proceso de modificación de la atribución del uso.

La legitimación para promover el proceso de modificación la ostenta el juez para los supuestos de atribución judicial y los cónyuges para los casos en los que el derecho de uso haya sido concedido a través de pacto entre ambos. La modificación o extinción deberá incluirse en un nuevo convenio regulador entre las partes.

⁶⁷ El derecho de uso se puede modificar o extinguir siempre y cuando surjan nuevas circunstancias sustanciales para dicho cambio. Esto no solo lo apoya la doctrina junto con el CC, ya que además se regula en el art. 775 LEC: *“el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777. Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el art. 773”*.

⁶⁸ SAP de Asturias de 20 de octubre de 2016/251402,

“La sentencia que es objeto de apelación desestimó la demanda interpuesta por la representación de don Rodrigo por la que se pretendía que se declarase extinguido del derecho de uso y disfrute a la vivienda familiar que le fue atribuido a la demandada doña Daniela en la sentencia dictada el día 14 de abril de 2010 en el proceso de divorcio seguido entre ambos. La resolución impugnada considera que no concurre una alteración esencial de las circunstancias en su día tenidas en cuenta para fijar dicha medida definitiva, por lo que no se darían los presupuestos del último inciso del art. 91 del Código Civil (LEG 1889, 27) para decretar la modificación pretendida.”

En cuanto a la presentación de las nuevas circunstancias ante el órgano jurisdiccional por parte de los cónyuges PINTO ANDRADE⁶⁹ distingue dos vías a través de las cuales provienen las mismas:

La “vía propia” a la que se refiere el autor se corresponde con el “*proceso de modificación de las medidas que han sido adoptadas en un procedimiento matrimonial previo*”. Esto quiere decir que se considerará un cambio relevante en las circunstancias cuando la situación actual difiera por completo a aquello que se tomo en consideración para el procedimiento matrimonial previo.

Asimismo, la SAP de Valencia de 12 de junio de 2014/174431, contiene una serie de requisitos que han de aplicarse a la “nueva circunstancia” para que esta sea susceptible de provocar una modificación o extinción del derecho de uso sobre la vivienda. Primero, debe considerarse un cambio objetivo, con la entidad suficiente para afectar a la esencia de la medida, no considerándose objetivo en caso de producir cambios sobre factores accesorios o complementarios. Segundo, se debe exigir un cierto carácter de permanencia para evitar los cambios pasajeros tan frecuentes en los procedimientos matrimoniales y en los de ruptura de los mismos. Por último, el cambio debe ser imprevisto o imprevisible, ya que si cabía esperar que ese cambio se llegara a producir la resolución se entenderá dictada tomando en consideración ese cambio previsible.

En cuanto a la “vía impropia” de la que habla PINTO ANDRADE, se agrupan las circunstancias que aparecen una vez se ha resuelto el procedimiento de separación judicial o después de la adopción de las medidas provisionales. En estos casos ya hay una decisión tomada respecto al derecho de uso de la vivienda, sin embargo, esta podrá quedar totalmente al margen si durante el proceso de divorcio o mientras se toman las medidas definitivas surgen nuevas circunstancias con relevancia suficiente para que se vuelvan a evaluar los aspectos del proceso.

Entre los supuestos que nos podemos encontrar una vez tomada la decisión de la atribución del uso están:

⁶⁹ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, pp. 84 y 85.

1. La falta de ocupación efectiva de la vivienda por el cónyuge atribuido. El abandono de carácter permanente por parte del beneficiario del derecho de uso puede suponer la revocación del mismo ya que se considera un cambio sustancial en las circunstancias. El domicilio se atribuye a quien se supone que lo va a utilizar, ese ha sido el argumento de peso en la decisión del juez, ya que en caso contrario la vivienda podría haber sido asignada al otro cónyuge o se podría haber liquidado la sociedad de gananciales. Así lo corrobora la SAP de Barcelona de 11 de febrero de 2014/8487. Al considerar que el abandono del domicilio familiar, el cual permaneció vacío varios años supone una *“modificación sustancial de circunstancias de carácter relevante”*. En dicha sentencia se resolvió desafectando a la esposa del uso de la vivienda por tal motivo. Por otro lado, el abandono ha de suponer una renuncia al uso de la vivienda después de haberle sido atribuido dicho derecho, ya que en la SAP de Burgos de 2 de febrero de 1998/425, encontramos una sentencia que establece:

“...habiendo hijos comunes, el interés de éstos se convierte en el más necesitado de protección, e indefectiblemente deben verse beneficiados del uso de la vivienda familiar convirtiéndose también en beneficiarios del mismo al progenitor que los tenga en su compañía. Para llegar a esta conclusión no es obstáculo que la esposa haya abandonado ‘motu proprio’ el domicilio conyugal y se haya marchado a vivir con sus padres, llevándose consigo al hijo menor. En primer lugar porque en ese momento todavía no se ha decidido en sede judicial con quién de los dos progenitores va a permanecer el hijo de ambos, y una decisión tomada por la madre antes del inicio del proceso de separación no puede acarrear la pérdida para el hijo del derecho que la ley le concede, como una medida a adoptar en el juicio, a seguir residiendo en el hogar familiar. En segundo lugar porque tampoco puede suponerse que la decisión de la madre de abandonar el domicilio suponga una renuncia al uso de la vivienda, ya que dicho derecho aún no ha nacido por la concesión o atribución hecha en el auto de medidas provisionales o en la sentencia de separación”.

Son numerosas las sentencias que encontramos respecto a la revocación del derecho de uso por desocupación de la vivienda:

La SAP de Málaga, Sec. 4.^a, de 9 de febrero de 2006, modifica la atribución del derecho de uso concedido a la esposa a favor del marido por encontrarse esta residiendo en Inglaterra junto a sus hijos, los cuales cursan sus estudios allí, prueba suficiente de cambio del residencia. La modificación de la atribución se realiza por el periodo en el que se mantenga esta situación.

La SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 17 de marzo de 2005, modifica el derecho de uso sobre la vivienda, otorgándose al marido después de constatar que la mujer y los hijos han cambiado de domicilio.

2. Cambio de interés más necesitado de protección y abuso del derecho⁷⁰ por el beneficiario. En el proceso de atribución del derecho de uso se estudian y analizan todas las circunstancias que se producen en torno a los cónyuges. Estas circunstancias pueden cambiar o incluso darse unas nuevas que hagan necesaria la modificación de uso atribuido a uno de los cónyuges y trasladarlo al otro por ser su interés digno de protección habiendo superado tal fase el cónyuge anteriormente atribuido.

Ese es el caso de la SAP de Málaga de 27 de octubre de 2005, en la que se modifica la atribución del derecho de uso a favor del marido por considerar el tribunal que ostenta el interés más necesitado de protección tras sufrir la amputación de una pierna. Las condiciones personales del marido se consideran sustanciales y relevantes para tomar medidas de modificación.

3. El alcance de la mayoría de edad de los hijos menores en el momento de la atribución o el cese de dependencia económica respecto del cónyuge atribuido. Como decíamos al hablar de la limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar, existe controversia doctrinal sobre si dicho límite debe

⁷⁰ La SAP de Almería de 3 de febrero de 2003, modifica la atribución del uso de la vivienda familiar a favor del marido, al convivir la mujer con la hija menor de ambos con un tercero y un hijo extramatrimonial con el fin de evitar que se produzca un abuso del derecho y un fraude de ley.

plasmarse en la resolución de extinción matrimonial⁷¹, o si solo cuando los menores alcancen la mayoría de edad pueda solicitarse la modificación de las medidas establecidas. Ahora bien, es necesario señalar que existe un gran número de sentencias que establecen la no extinción del uso del domicilio a favor de los hijos mayores de edad, o fijan un límite temporal a partir de la mayoría de edad de los hijos, siempre que se trate de hijos dependientes económicamente⁷².

En otros casos, y de manera bastante frecuente, lo que se establece es un uso alterno del domicilio conyugal, si ninguno de los cónyuges resulta ser el interés más digno de protección⁷³.

4. Cambio en la custodia de los progenitores. Del art. 96 CC se deduce claramente que, cuando no medie acuerdo entre los cónyuges en relación con la atribución del derecho de uso, esta se hará en favor de los hijos y por tanto le corresponderá al cónyuge encargado de la guarda y custodia de los mismos. Puede darse una situación en la que, pasado un tiempo de la resolución judicial, las circunstancias que hicieron tomar tal decisión cambien o incluso surjan unas nuevas merecedoras de estudio y por lo tanto se produzca un cambio en cuanto a la custodia de los hijos. Junto con el cambio de custodia se produce la modificación de la atribución del derecho de uso puesto que ambas van asociadas.

La AP Barcelona, Sec. 12^a, en la sentencia de 17 de febrero de 2003 modifica la atribución del derecho de uso a favor del padre el cual es el nuevo encargado de la guarda y custodia de la hija menor de edad de la pareja.

⁷¹ La sentencia de 19 de febrero de 2015 del Juzgado de 1^a instancia nº 28 de Madrid, dictaminó que el límite del uso de la vivienda familiar lo establece la mayoría de edad de los hijos. Una vez que estos han cumplido los 18 años el uso se debe atribuir en función del interés más necesitado de protección de los cónyuges, teniendo en cuenta los casos de dependencia económica de los hijos.

⁷²La SAP de Valladolid de 6 de mayo de 2005, establece que a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad, esto no es causa suficiente para extinguir el derecho de uso sobre la vivienda. En esta misma línea la SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2005, falla a favor del mantenimiento del derecho de uso a pesar de que el hijo es mayor de edad al carecer este mismo de ingresos que le permitan considerarse independiente económicamente.

⁷³ SAP de Las Palmas de 10 de abril de 2014/184561.

La AP de A Coruña, Sec. 4ª, de 16 de enero de 2003, modifica la atribución del derecho de uso de la vivienda, que ostentaba el padre en virtud de la sentencia precedente, a favor de la madre al producirse el cambio de la guarda y custodia de los hijos del matrimonio extinguido.

5. La convivencia del beneficiario con un tercero en vida marital puede suponer la extinción del derecho de uso. Este supuesto es de los más controvertidos puesto que la convivencia en vida marital con un tercero no es en sí causa extintiva del derecho de uso ni “*per se*” implica modificación sustancial de circunstancias⁷⁴. En estos casos, cuando no hay hijos menores, la doctrina afirma que tal derecho se extingue por norma general ya que se considera perdido el fin del interés. Sin embargo, puede darse una excepción para los casos en los que por circunstancias personales del cónyuge usuario se establezca un límite temporal del uso⁷⁵.

En el caso de producirse la convivencia de hijos menores con el cónyuge que a su vez habita maritalmente con un tercero la opinión mayoritaria plasmada en la jurisprudencia es la de no extinguir tal derecho puesto que, a pesar de haberse producido un cambio relevante en las condiciones, prima el interés del menor y por tanto se mantiene que la atribución va ligada al cónyuge encargado de su custodia.

⁷⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 22 diciembre 1995/2449-, estima el recurso interpuesto por la esposa a la cual, a tenor del art. 101 CC, se le había desprovisto de las medidas compensatorias, incluyendo el derecho de uso de la vivienda por convivir en vida marital con un tercero. La sala estima la extinción de las medidas compensatorias, sin embargo, establece:

“Ahora bien, respecto al uso de la vivienda que fue domicilio conyugal, estima la Sala que la juzgadora de instancia no debió modificar la previa decisión judicial que atribuyó dicho uso y disfrute a la esposa, pues la situación convivencia antes descrita no conlleva otras consecuencias jurídicas que las extintivas de la pensión ya aplicadas, ni «per se» implica una modificación o alteración sustancial de las circunstancias y razones que en su día el juzgador tuvo presente para otorgar el uso a la esposa y que fueron; la residencia habitual del esposo en la ciudad de Barcelona y el arrendamiento del piso que la esposa tiene en la ciudad de Valladolid. La alteración de estas circunstancias, ni ha sido formalmente alegada por el actor en su demanda ni siquiera ha quedado evidenciada fehacientemente por la prueba practicada en estos autos, ello al margen de que se trate en todo caso, de un derecho de carácter temporal y provisional, pues como se desprende de la sentencia de separación, dicho uso se atribuyó hasta tanto se procediera a la liquidación del régimen económico matrimonial.”

⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de febrero de 1997.

A modo de conclusión, sin importar que ya se haya dictado una resolución judicial cuyo objeto haya sido la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar, en caso de producirse posteriormente unas nuevas circunstancias que alteren las que se dieron en el momento de dictar dicha resolución, ésta puede quedar sin efecto y por lo tanto revertir esa atribución despojando al cónyuge atribuido del derecho de uso que le había sido concedido.

Por tanto, todo cónyuge desprovisto del derecho de uso sobre la vivienda familiar puede recurrir la resolución judicial en los procedimientos contenciosos, o el propio convenio regulador, en los casos en los que dicha atribución haya sido pactada entre las partes, siempre y cuando la alegación de las nuevas características supongan un cambio relevante y sustancial digno de consideración para que se dicte una nueva resolución o se adopte un nuevo convenio regulador.

7. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El divorcio o separación de los cónyuges que viene tras una situación de crisis familiar y matrimonial perjudica y afecta a todos los miembros de la unidad familiar.

SEGUNDA.- El art. 96 CC está desfasado. Cuando se redactó, las circunstancias sociales, económicas, legales y políticas de España eran muy diferentes a las actuales. No hay que olvidar que este artículo se promulgó con la reforma de la Ley 30/1981: hace nada menos que 37 años. Es necesario reformar dicho precepto. Hay visos de que esto va a suceder a corto plazo por medio del muy esperado Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

Con la regulación del nuevo artículo se podrá actualizar la atribución de la vivienda tras las rupturas matrimoniales. Es urgente modificar los criterios de evaluación y así evitar situaciones de desequilibrio dada la aplicación automática del art. 96 CC. El interés del menor debe seguir prevaleciendo pero hay que tener en cuenta el respeto de los intereses de sus progenitores.

TERCERA.- Pero hay más. Además de calibrar las mejores opciones para todos los integrantes de la unidad familiar, también se busca limitar el uso del domicilio en cada uno de los supuestos. Lo ideal en el caso de que ambos cónyuges sean copropietarios de la vivienda es venderla. De esta manera se termina con uno de los escollos más grandes y problemáticos de las rupturas matrimoniales. Se elimina un vínculo y se obtiene un dinero con el cual cada cónyuge puede abordar la búsqueda de una nueva vivienda. Es una solución, y sin embargo, no siempre es factible.

CUARTA.- A pesar de no encontrarse en nuestro ordenamiento jurídico una definición del concepto de vivienda familiar, esta se protege por el mismo tanto en las situaciones normales de matrimonio como en los supuestos de crisis. Es importante, ya sea a través de la doctrina o de la jurisprudencia, identificar o concretar el significado de vivienda familiar puesto que en los supuestos de crisis matrimoniales, se atribuye el derecho de uso de la misma sin producirse por parte del juez pronunciamiento alguno en cuanto al uso de segundas viviendas u otros inmuebles.

QUINTA.- Pese al debate doctrinal sobre el carácter del derecho de uso asociado a la vivienda familiar, existe un aspecto en el que todos coinciden, y es la oponibilidad de tal derecho ante terceros y por tanto el acceso al registro y su inscripción como medida de protección del cónyuge que ostenta dicho derecho de uso aun no siendo el titular del inmueble.

SEXTA.- En cuanto a los criterios de atribución del derecho de uso, se recogen en el art. 96 del CC donde se estipula que la titularidad sobre la vivienda familiar no supone un factor determinante en cuando al otorgamiento del uso y disfrute de la misma. Esto quiere decir que el beneficiario del uso de la vivienda puede ser el cónyuge que no es titular. En aplicación del art. 96 CC, el juez otorgará el uso de la vivienda familiar, en los casos de custodia exclusiva, al cónyuge que ostente la guarda y custodia de los menores en base al principio del interés del menor.

SÉPTIMA.- En los casos de custodia repartida y compartida el órgano jurisdiccional goza de libertad para decidir la atribución del uso y disfrute de la vivienda, siempre teniendo en cuenta el interés del menor y el interés más necesitado de protección de los cónyuges. La decisión del juez ha de estar suficientemente motivada por lo que la libertad del mismo es discutible.

OCTAVA.- Otro aspecto por el que la mayor parte de la jurisprudencia considera que el art. 96 CC debe ser objeto de reforma lo antes posible es la falta de concreción del mismo en cuanto a los hijos mayores y menores de edad. Los hijos mayores de edad pero dependientes económicamente de sus progenitores son considerados por la mayor parte de la doctrina como susceptibles de un derecho de alimentos pero no deben ser tratados como menores, puesto que debe primar el interés más necesitado de protección de los cónyuges y por tanto excluir la atribución automática del art. 96.1 CC del derecho de uso a los menores y por consiguiente al cónyuge con el que convivan. Por tanto, la atribución del derecho de uso debe hacerse al margen del derecho de alimentos de los mismos y al igual que los casos en los hijos del matrimonio durante el procedimiento de crisis son mayores de edad, la atribución se otorgará a tenor del art 96.3 CC. En estos supuestos se deberá atender al límite que prudencialmente establezca el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

NOVENA.- Tampoco se aborda en el citado artículo la atribución del uso en los supuestos de custodia repartida o compartida, régimen cada vez más adoptado en España dado los beneficios que produce tanto para los padres, que continúan ejerciendo su labor de atención, cuidado y desarrollo de sus hijos, y para los menores, beneficiados, al disfrutar de una convivencia con sus dos progenitores.

DÉCIMA.- La limitación del derecho de uso de la vivienda familiar no queda fuera de debate, puesto que según el criterio utilizado para establecer el derecho de uso, la doctrina se ha posicionado en ocasiones a favor y en otras no. En el caso de mediar menores de edad, el Tribunal Supremo ha reiterado de manera continuada la prohibición de limitación del derecho de uso, lo cual implica que la mayoría de edad de los hijos es un límite.

UNDÉCIMA.- El cónyuge al que no se le ha adjudicado el derecho de uso de la vivienda familiar, no queda desamparado, pues existe la posibilidad de solicitar la modificación o extinción de las medidas acordadas por el juez. Para solicitar la modificación de medidas es necesario que se haya producido un cambio sustancial, objetivo, imprevisto y prolongado en el tiempo que de motivos al juez para considerar una nueva atribución del uso y disfrute del domicilio familiar.

DUODÉCIMA.- En conclusión, la elaboración del presente estudio se adentra en la gestión de los conflictos matrimoniales y las consecuencias de los mismos sobre el uso de la vivienda familiar. Aportando mi opinión al respecto considero que tal y como han señalado numerosos autores, la reforma del art. 96 CC supone un gran avance en cuanto a la legislación española, la cual se encuentra retrasada respecto a la situación actual en la que vivimos. Los supuestos de crisis matrimoniales son, por desgracia, cada vez más frecuentes en la sociedad y ello exige contar con una legislación actualizada que permita a las personas involucradas en el proceso sentir una seguridad jurídica. Hasta ahora la mayor parte de las decisiones tomadas por los jueces se amparan en la jurisprudencia, la cual tampoco es unánime en cuanto a la cuestión que venimos tratando.

8. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, A. "La atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial. En especial el uso sobre la vivienda de un tercero y en la liquidación de la sociedad de gananciales.". 2014.

BOLAÑOS, I. "Conflicto familiar y ruptura matrimonial. Aspectos psicolegales". En Marrero, J.L. (Comp.) "Psicología Jurídica de la familia", Madrid: *Fundación Universidad Empresa, Retos jurídicos en las Ciencias Sociales*, 2008.

CARRASCO ALASCIO, L; MARÍN GARCÍA, I. "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC." *InDret* 3, 2007.

CATALÁN FRÍAS, M^a. J. "La custodia compartida." *Revista Derecho y Criminología* 1 2011.

CATALÁN, M^a. J, GARCÍA, B, DE LA PEÑA, M, LA CUSTODIA COMPARTIDA: "Concepto, extensión y bondad de su puesta en escena". *Debate entre psicología y derecho. Anuario de Psicología Jurídica* 2007, p. 17.

CERVILLA GARZÓN, M.D., "La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular", *Marcial Pons, Madrid*, 2005.

CERVILLA GARZÓN: "Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: La pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar", *Mujer, familia y derecho*, 2003, p. 34.

COLOMA, A. M. R. (2011). "La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria". *Editorial Reus*.

CUENA CASAS, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 2, abril-junio*, 2014.

DEVERDAY BEAMONTE, J. R. "Los efectos derivados de las crisis conyugales: Un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia". *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (17), 2014, p. 148-168.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. “Definición y atribución del domicilio familiar”. *Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Seminario permanente deficiencias sociales. Documento de trabajo*, 2008, p. 5, 54.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico civil”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 4/2012.

GALLARDO, B. E. C. “La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales”. *Doctoral dissertation, Universidad de Córdoba*, 2011.

GARCÍA VILLALUENGA, L. “La mediación familiar: una aproximación normativa.” *REVISTA IUS (México)*, v. 1, n. 20, dic. 2016. ISSN 1870-2147.

GIL MEMBRADO, C.: “La vivienda familiar”, *Reus, Madrid*, 2013.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”, *Diario La Ley*, nº 7206, 2009.

GONZALEZ DEL POZO, J.P.: “Comentarios a la regulación e la custodia compartida en el Anteproyecto de Corresponsabilidad parental”. *Lefebvre, El Derecho*. 2014. (Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html Último acceso: 10 de junio de 2018).

GONZÁLEZ HERRANZ, A. "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: Novedades en torno a la futura Ley de Corresponsabilidad Parental". *Revista de Derecho UNED* 14, 2014.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 84, nº710, 2008.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2013.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 738, julio-agosto de 2013, pp. 2248 a 2250.

IGLESIA MONJE, M.I. DE LA, “Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 88, núm.733, 2012.

IGLESIA MONJE, M^a.I. DE LA, “Custodia compartida y el derecho del uso de la vivienda familiar”, en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto de 2012.

IZQUIERDO VERDERA, B. "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”." *InDret* 1. 2016.

JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J.R.: "La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial". *Revista lunes* 4,30. 108-1992.

LACRUZ BERDEJO, J. L., “Introducción al estudio del hogar y ajuares familiares”, en VILADRICH BATALLER, J., *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Eunsa, Pamplona, 1986.

MARÍN VELARDE, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar y el derecho de propiedad del cónyuge titular”. *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 29/2012.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., “Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículo 96 párrafo 1, 2 y 3 CC)”, *Aranzadi, Navarra*, 2005.

MECO TÉBAR, F. “La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (18), 2014, pp. 420-431.

MIRANDA, F. J. F., MELÉNDEZ, D. B. M., Peyrona, D. J. G., & Puértolas, D. F. J. H. (2004). “La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial”. *Ponencia publicada en las Actas De los decimocuartos encuentros Del foro de derecho Aragonés, Zaragoza*, 9, 16.

MOLL DE ALBA LACUVE, CH., “La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar en el proceso de familia en el Código Civil de Cataluña: análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales”, *Atelier, Barcelona*, 2011.

MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J. “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EEUU”. *Diario La Ley*, N^o 7179, Sección Tribuna, 21 Mayo 2009, Edit. La Ley.

PANIZA FULLANA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2014. Aranzadi, SA, Pamplona. 2014.

PÉREZ GALVÁN, M.: “Vivienda familiar y crisis de pareja: atribución del derecho de uso”, (Disponible: <http://www.bufeteaporta.es/2012/04/13/vivienda-familiar-y-crisis-de-parejaatribucion-del-derecho-de-uso/>. Último acceso 4 de junio de 2018).

PINTO ANDRADE, C.: “La atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n^o 30, mayo de 2013.

PINTO ANDRADE, C.: “La atribución del uso de la vivienda familiar: aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio”, *Bosch, Barcelona*, 2011

RAMÓN, F. L. “El derecho subjetivo a la vivienda”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, pp. 49-91.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, Lex nova*, 1999.

RUBIO GARCÍA, M.; OTERO CRESPO, M. "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005." *Revista jurídica de Castilla y León* 8 (2006).

RUBIO TORRANO, E.: “El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 8/2011.

SALAZAR BORT, S., “La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido”, *Tirant lo Blanch, Valencia*, 2000.

SALAZAR BORT, S.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, 2001.

SANCHEZ AGUIRRE, C: “El uso de la vivienda familiar en España en el régimen e custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 91 - 103

TAMAYO CARMONA, J. A.: “¿Patrimonialización del derecho de uso sobre la vivienda familiar?”, *Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, segundo semestre, 2011

TAMAYO CARMONA, J.: “Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición”, *Aranzadi, Navarra*, 2003.

TAPIA PARREÑO, J. J., “La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales”, en TAPIA PARREÑO, J. J., (Director), *Custodia compartida y protección de menores*, CGPJ, Madrid, 2010.

UREÑA CARAZO, B., “Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014 de 24 de octubre)”, *Diario La Ley*, 2015.

UREÑA, A. A. P. (2011). “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad”. *ELDERECHO. COM*, 1(09), 2011.

VIGIL. A., “El TS insiste en que la custodia compartida debe ser el sistema "normal y deseable", *Diario La Ley*, nº 8733, 4 de abril de 2016.

Willi, J. “La pareja humana: relación y conflicto”. *Ediciones Morata*. 2002.

9. JURISPRUDENCIA.

9.1. Tribunal Superior de Justicia

STSJ de Aragón de 28 de mayo de 2015.

9.2. Juzgado de Primera Instancia

JPI (nº6) de Jerez de la Frontera de 6 de febrero de 2014.

JPI (nº 28) de Madrid de 19 de febrero de 2015.

9.3. Tribunal Constitucional

STC de 31 de octubre de 1986.

STC de 17 de octubre de 2012/185.

9.4. Tribunal Supremo

STS de 4 de abril de 1997/1396.

STS de 27 de diciembre de 1999/1643.

STS de 22 de abril de 2004.

STS de 10 de febrero de 2005/922.

STS de 28 de septiembre de 2009.

STS de 21 de junio de 2011/236085.

STS de 11 de noviembre de 2011.

STS de 31 de mayo de 2012/6550.

STS de 14 de noviembre de 2012/10432.

STS de 29 de abril de 2013/3269.

STS de 17 de junio de 2013.

STS de 25 de noviembre de 2013/2637.

STS de 3 de julio de 2014/4254.

STS de 29 de mayo de 2015.

STS de 17 de noviembre de 2015/658.

STS de 27 de junio de 2016/3698.

STS de 23 de enero de 2017.

9.5. Audiencia Provincial

SAP de Valladolid de 22 de diciembre de 1995/2449.

SAP de Barcelona de 3 de febrero de 1997.

SAP de Burgos de 2 de febrero de 1998/425.

SAP de Zaragoza (2ª) de 3 de junio de 2002/353.

SAP de A Coruña (4ª) de 16 e enero de 2003.

SAP de Almería de 3 de febrero de 2003.

SAP de Barcelona (12ª) de 17 de febrero de 2003.
SAP de Valladolid (3ª) de 17 de marzo de 2005.
SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2005.
SAP de Jaén de 28 de abril de 2005/148995.
SAP de Valladolid de 6 de mayo de 2005.
SAP de Málaga de 27 de octubre de 2005.
SAP de Málaga (4ª) de 9 de febrero de 2006.
SAP de Barcelona de 4 de julio de 2008/315692.
SAP de La Rioja de 22 de junio de 2009.
SAP de Sevilla de 14 de junio de 2011/381323.
SAP de Madrid de 22 de junio de 2012/1132.
SAP de Málaga de 21 de noviembre de 2012/182254.
SAP de Madrid de 22 de noviembre de 2012/19578.
SAP de Murcia de 8 de octubre de 2013/275528.
SAP de Barcelona de 11 de febrero de 2014/8487.
SAP de Las Palmas de 10 de abril de 2014/184561.
SAP de Valencia de 12 de junio de 2014/174431.
SAP de Cádiz de 24 de junio de 2014/203533.
SAP de Asturias de 20 de octubre de 2016/251402.