



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La atribución del uso de la vivienda familiar:
especial atención al caso de que sea un bien
privativo

Autor/es

Jaime Gutiérrez Rabasot

Director/es

Sofía de Salas Murillo

Facultad de Derecho

2017/2018

INDICE

I.INTRODUCCIÓN.....	4
II.CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.....	6
III.ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	9
1.CONVENIO REGULADOR.	9
2.HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS.	9
2.1 Custodia individual.	9
2.2 Custodia compartida.....	13
2.3 custodia de los hijos dividida	16
3.INEXISTENCIA DE HIJOS.....	17
IV.LA ATRIBUCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO SE TRATA DE UN BIEN PRIVATIVO.	20
1.NATURALEZA DEL DERECHO.	20
2.COMPENSACIÓN ECONOMICA POR LA PERDIDA DEL USO.	23
2.1 Compensación directa.	24
2.2 Compensación indirecta.	25
3. DEFENSA DE LA POSESION.	27
V. CONCLUSIONES.....	29
BIBLIOGRAFÍA	31

ABREVIATURAS

Art./arts.	Artículo/artículos
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
CC	Código Civil Español
CDEFA	Código del Derecho Foral de Aragón
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
P/pp	Página/páginas
Ref.	Referencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria

I. INTRODUCCIÓN

La atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los aspectos más importantes y que más controversias genera en los procesos de crisis matrimonial, pues generalmente se trata del bien más valioso del que dispone la pareja y por lo tanto ambos pretenden su adjudicación. Se trata por lo tanto de una decisión trascendental que deben tomar los cónyuges o en su caso la autoridad judicial.

Dicha atribución además de las consecuencias emocionales que genera, pues se trata del inmueble donde la familia ha desarrollado la vida en común, supone un perjuicio económico para el cónyuge que se ve obligado a abandonar la vivienda familiar, y en la mayoría de los casos, a tener que alquilar o comprar un nuevo inmueble en el que fijar su residencia. En aquellos casos en que la vivienda es un bien privativo de uno de los cónyuges no se discute la titularidad de la misma, pues indiscutiblemente pertenece a uno de ellos, sin embargo, la atribución del uso de dicha vivienda familiar se convierte en un tema más controvertido pues, como veremos posteriormente, el cónyuge titular del bien se puede ver despojado del uso y otras facultades sobre dicho bien por un, en ocasiones, largo periodo de tiempo. Derecho de uso de la vivienda familiar, con el que no se pretende una finalidad primordialmente económica, sino que más bien trata de proteger a la persona como integrante de un grupo de convivencia basada en relaciones de sangre y afecto¹.

Esta cuestión es, en mi opinión, una de las tres consecuencias jurídicas más importantes del divorcio o separación matrimonial junto con el establecimiento de pensión de alimentos o compensatoria y las relativas a la guarda y custodia de los hijos. Por lo tanto, la elección del tema se debe a dicha importancia ya que, por un lado, la pensión de alimentos o compensatoria se trata de una medida principalmente económica: por otro lado, las decisiones relativas a la guarda y custodia primordialmente tienen consecuencias emocionales (pues las económicas se ven resarcidas por la pensión de alimentos); en cualquier caso, la atribución del uso de la vivienda familiar es una decisión, por lo que se ha explicado anteriormente, que puede conllevar tanto grandes consecuencias emocionales como económicas.

¹ MANZANO FERNÁNDEZ, M.M, «Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial», en *International Journal of Land Law & Agricultural Science*, Num.5, Junio-Julio 2011, p. 13.

El objetivo del trabajo es resolver algunas cuestiones sobre la atribución del uso de la vivienda familiar que se plantean tras el divorcio, separación o nulidad, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial.

Si bien es cierto que debido a la mayor riqueza en cuanto a lo que a doctrina y jurisprudencia se refiere, mi trabajo se centra principalmente en el análisis de la doctrina y jurisprudencia del Código Civil, también haré algunas comparaciones, en especial en lo que a custodia compartida se refiere, respecto a la regulación contenida en el Código del Derecho Foral de Aragón por considerar de especial relevancia mostrar las diferencias existentes en la materia entre nuestro Derecho Foral y el Derecho común.

Así en dicho trabajo abordaré el estudio relativo al concepto y las distintas formas de atribución del uso de la vivienda familiar en función de la existencia o no de hijos así como de las distintas modalidades de custodia, para finalmente detenerme, en especial, en cuestiones como la posible compensación económica al cónyuge único titular al que se desposee del uso, por haberlo atribuido al sentencia al otro.

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

El Código Civil no realiza una definición del concepto de vivienda familiar, lo que hace necesario acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para fijar una delimitación.

Este texto legislativo tampoco utiliza un término unívoco, así en sus artículos 90.1.c , 91, 96, 103, 1357 habla de vivienda familiar. De manera similar el CC se refiere a este concepto en sus artículos 1406, 1321, 1320 como «vivienda habitual», en los artículos 82 y 93 como «domicilio familiar» y en el artículo 1362 como «hogar familiar».

Podemos encontrar varias sentencias en las que se va perfilando el concepto de vivienda familiar, así cabe destacar la definición proporcionada por la STS 31 de diciembre de 1994 en la que la califica como «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario»². Igualmente, el Tribunal Supremo considera a la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos»³.

Por lo demás, aunque normalmente se trate de un bien inmueble, nada impide que la vivienda familiar sea un bien mueble, como una caravana⁴.

En definitiva, se trata del lugar en el que tienen la residencia habitual los miembros de la familia, donde se desarrolla la vida familiar y que debe contar con las notas de habitualidad y permanencia, satisfaciendo de forma efectiva la «necesidad de vivienda»⁵.

Asimismo, conviene señalar que el Alto Tribunal ha establecido que la vivienda familiar pierde tal carácter por voluntad del matrimonio, no pudiendo recuperarse la

² Vid: STS 31 de diciembre de 1994.

³ Vid: STS de 10 de marzo de 1998.

⁴ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p.30.

⁵ VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. “La necesidad de vivienda», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm.1/2016, p.10.

condición de vivienda familiar que dejó de serlo por voluntad de los cónyuges una vez que haya sido ratificado por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo⁶.

Junto a lo señalado, en la práctica se ha planteado la posibilidad de, en los casos de ruptura de la convivencia, asignar el uso de una vivienda distinta a la que ha sido el domicilio familiar. Así podemos observar que las Audiencias Provinciales mantienen, en lo que respecta a esta cuestión, soluciones contradictorias, entre las que podemos diferenciar tres posturas:

- La postura mayoritaria niega la posibilidad de atribución del uso de una vivienda distinta de aquella que constituye el domicilio familiar.
- Una postura intermedia niega la posibilidad de atribuir el uso de una vivienda que no tenga el carácter familiar, ahora bien, reconoce que el juez puede adoptar medidas en cuanto a la administración de los bienes inmuebles distintos a la vivienda familiar aunque dentro del ámbito de las medidas provisionales y hasta que se resuelva la partición de la sociedad de gananciales⁷.
- La postura minoritaria afirma la posibilidad de atribuir viviendas distintas a los solos efectos de cubrir las necesidades de habitación y respecto de inmuebles que sean propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial.

El Tribunal Supremo, posicionándose de parte de la postura mayoritaria de las Audiencias Provinciales, en su sentencia de 9 de mayo de 2012, formuló como doctrina casacional: «en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar».

En aquellos casos en los que no existe vínculo matrimonial, es decir, en las llamadas parejas de hecho la atribución de la vivienda familiar se rige por las mismas disposiciones que en los casos de ruptura matrimonial, por lo tanto, en aplicación de la doctrina anterior el juez no puede atribuir el uso de viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar al conviviente no titular⁸.

⁶ http://www.elderecho.com/actualidad/matrimonio-vivienda-divorcio-familiar-mutuo_acuerdo_0_1171125203.html Y STS 27 de septiembre.

⁷ SAP MADRID de 19 julio de 2005.

⁸ Vid: STS de 31 de mayo de 2012. MARÍN LÓPEZ, M.J., «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» en Comentarios al Código Civil, Bercovitz (coord.), 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 224-226.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha reiterado su doctrina jurisprudencial ratificando que en defecto de acuerdo el juez solo puede atribuir el uso de la vivienda familiar siguiendo los criterios del art. 96 CC⁹, ya que como ya había manifestado anteriormente dicho tribunal la aplicación de dicho artículo 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 CC, en relación al domicilio de los cónyuges»¹⁰.

Visto lo referente al concepto de vivienda familiar, a continuación abordaremos los criterios que determinan su atribución.

⁹ Vid: STS de 03 de marzo de 2016

¹⁰ Así lo entiende la STS 31 de mayo de 2012.

III. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. CONVENIO REGULADOR

En principio, es a los cónyuges a quien corresponde acordar lo relativo al uso de la vivienda y ajuar familiar en el convenio regulador, pues se trata de parte del contenido mínimo del convenio que está legalmente determinado en el art. 90 CC, o bien en los acuerdos correspondientes a los efectos de la sentencia de separación, nulidad o divorcio, de acuerdo con el art. 90.2¹¹.

Por lo tanto, el primer criterio para la atribución del uso es el acuerdo de los cónyuges fijado en el correspondiente convenio regulador, de manera que el juez adoptará lo acordado por ambas partes siempre y cuando no perjudique el interés del menor o resulte gravemente perjudicial para uno de los cónyuges¹².

En defecto de acuerdo entre las partes o en caso de no aprobación del mismo, de acuerdo con el art. 91 CC, el juez se pronunciará sobre las medidas oportunas en relación con la vivienda familiar. Las pautas que el juez debe seguir a la hora de asignar el uso de la vivienda se encuentran en el art. 96 CC.

Así, a continuación estudiaremos aquellos supuestos en los que por no haberse llegado a un acuerdo, el juez atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, diferenciando según haya establecido anteriormente la guarda y custodia de los hijos compartida, exclusiva, dividida entre ambos cónyuges, o bien no haya hijos en común y se atribuya al no titular.

2. HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS

2.1 Custodia individual

El primer criterio de atribución del uso de la vivienda familiar, en defecto de acuerdo, lo recoge el art. 91 CC en su primer párrafo el cual establece lo siguiente; *«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»*.

¹¹ Vid: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Curso de Derecho Civil. Derecho de familia», t.IV, Edisofer, 5ª Edición, 2016, p. 193.

¹² VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados...», *cit.* , p. 16.

Son varias las cuestiones que suscita dicho artículo, ¿están incluidos los hijos mayores de edad en dicho artículo?, ¿se trata de una atribución automática o hay que atender también a otros criterios?

Han surgido diversas controversias en relación a la inclusión de los hijos mayores de edad en el término «hijos» que comprende dicho artículo.

Por un lado, la mayor parte de la doctrina responde afirmativamente a la cuestión basándose en distintos argumentos como que el art. 96.1 solo exige la convivencia de los hijos con el cónyuge, no la minoría de edad o la inclusión de la vivienda en el art. 96.1 por tratarse de una parte del derecho de alimentos que tienen los hijos mayores de edad¹³.

Por otro lado, una postura minoritaria¹⁴ entiende que dicho artículo solo incluye a los hijos menores de edad, pues dicho precepto sustenta la atribución del uso de la vivienda familiar en el hecho de que el progenitor con quien convive el hijo tiene encomendada su custodia. Esta circunstancia no concurre cuando se ha extinguido la patria potestad una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos¹⁵. De acuerdo con la reciente postura del Tribunal Supremo¹⁶, únicamente será de aplicación el art. 96.1. p.1 en la atribución del uso de la vivienda familiar cuando haya hijos menores comunes¹⁷ o incapacitados¹⁸.

¹³ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso... cit.*, pp. 171-175.

¹⁴ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso... cit.*, pp. 175-220.

¹⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. «La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, p. 25.

¹⁶ Así lo establece la STS de 5 septiembre de 2011, del Pleno de esta Sala, que distingue los dos párrafos del art. 96 CC en relación a la atribución de la vivienda y fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: «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».

¹⁷ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso... cit.*, p. 40. Asimismo la STS de 17 de octubre de 2017 señala que: «El artículo 96 del Código Civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que se adapte a estas nuevas realidades. La aplicación analógica que ha hecho la sentencia, incardinando la medida de uso en el párrafo 2.º y no en el 1.º del artículo 96, es correcta...». Esta doctrina es seguida por otras como la STS de 14 de febrero de 2018.

¹⁸ De esta manera la STS de 7 de Julio de 2014 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: «la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos».

Llegados a este punto conviene resolver la segunda de las cuestiones en la que tampoco encontramos una posición unánime por parte de la doctrina y jurisprudencia.

Algunos autores y cierta jurisprudencia se han pronunciado a favor de la atribución automática, es decir, considerando que el artículo es vinculante y por lo tanto los jueces no pueden entrar a ponderar cuál es el interés más necesitado de protección¹⁹, pues ésta es una decisión ya tomada por el legislador²⁰. Dicho precepto se basa en el principio «favor filii»²¹, que además para este sector constituye una «presunción iuris et de iure de que el interés más necesitado de protección reside en los hijos»²².

Frente a esta postura se encuentra el sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario, que considera que la presunción que contiene el art. 96.1 es una «presunción iuris tantum de que el interés más necesitado de protección es el de los hijos». Esto significa que cabe prueba en contrario, por lo que el juez (siempre y cuando el uso sea solicitado por el cónyuge no guardador) deberá realizar una ponderación de los distintos intereses en cada caso concreto, pudiendo adjudicar el uso al cónyuge no guardador aunque de manera excepcional²³. Es decir, no tiene carácter interpretativo ya que es posible una interpretación correctora²⁴.

Por último, en lo que respecta a la posibilidad de limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de los hijos menores y el cónyuge en cuya compañía queden es doctrina jurisprudencial consolidada que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC»²⁵.

¹⁹ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96,P.I,2 y 3 CC)*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 148-149.

²⁰ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso...cit.*, ref. 245.

²¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., *Definición y atribución del domicilio familiar*, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Cuenca, 2008, p. 16.

²² MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.*, Ref. 244.

²³ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.*, p. 151.

²⁴ VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados...» *cit.*, p. 17. Asimismo, la STS de 17 de octubre de 2017 reitera, con cita de la STS de 17 de junio de 2013 que: «El interés del 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,[...] 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».

²⁵ En este sentido se pronuncia la STS de 16 de Abril de 2014, así como las STS 3 de abril y 16 de junio 2014.

La controversia surge por lo tanto debido al silencio que guarda el Código civil en este art. 96.1, sin embargo, este silencio puede justificarse de manera que si lo que sustenta la atribución del uso de la vivienda familiar es la minoría de edad de los hijos, la duración se extenderá hasta que el último de los hijos menores alcance la mayoría de edad por lo que resulta innecesaria una manifestación expresa al respecto²⁶. En Aragón, en cambio, el art.81.3 establece que la atribución del uso de la vivienda familiar deberá tener necesariamente una limitación temporal que, en defecto de acuerdo, fijará el juez teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. «Esta opción del legislador aragonés de limitar el uso temporal de la vivienda se justifica, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (SSTSJ de Aragón de 4 enero 2013 y de 21 octubre 2014) en la necesidad de eludir conflictos entre los progenitores, así de como de no lesionar el interés del progenitor no usuario si es propietario o copropietario de la vivienda»²⁷.

Pese a que, como hemos dicho anteriormente, exista una asimilación de los incapacitados respecto de los menores de edad, en lo que respecta a la limitación de la atribución del uso podemos encontrar una diferencia. Según lo expuesto, la atribución del uso en favor de hijos menores está sujeta a un plazo implícito (la mayoría de edad), sin embargo, y de acuerdo con la STS de 19 de enero de 2017: «Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC , [...] pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad».

Tampoco el hecho de que los hijos menores alcancen la mayoría de edad implica necesariamente la cesación de la atribución del uso²⁸.

²⁶ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.* , pp. 246-247.

²⁷ LÓPEZ AZCONA, A. «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: Derecho positivo y práctica jurisprudencial», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3 bis, noviembre, 2015, pp. 77-79

²⁸ Sin embargo, de acuerdo con la STS 19 De Enero de 2017 «Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación».

Por un lado, que los hijos alcancen la mayoría de edad no significa que estos alcancen la independencia económica por lo que la obligación de alimentos, que incluye la morada, subsiste²⁹. Si bien, es necesario tener en cuenta que la obligación de alimentos puede ser satisfecha de diversas maneras por lo que no es determinante a la hora de atribuir el uso de la vivienda³⁰.

Por otro lado, el derecho de uso del cónyuge que convive con el menor no se prorrogará automáticamente³¹ cuando este cumpla la mayoría de edad sino que tendrá que demostrar una situación objetiva de necesidad, por lo que será el juez, en atención al interés más necesitado de protección³² quién decida o bien la continuación del uso de la vivienda por el tiempo que prudencialmente fije o bien podría instarse un procedimiento de modificación de las medidas³³.

2.2 Custodia compartida

La atribución del uso de la vivienda familiar en aquellos supuestos de custodia compartida genera problemas acerca de los criterios de atribución de su uso pues el legislador no se ha pronunciado al respecto. Por ello, el Tribunal Supremo ha tenido que llevar a cabo la labor que le correspondía al legislador ante falta de respuesta y la

²⁹ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso... cit.*, pp. 39-40.

³⁰ En relación a la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos mayores de edad como consecuencia del derecho de alimentos, la STS de 5 septiembre de 2011, del Pleno de esta Sala se pronuncia de la siguiente manera: «A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos». Doctrina reiterada por la STS de 22 de noviembre, que cita la STS 21 de diciembre de 2016 que establece que: «la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC».

³¹ Vid: STS de 29 de mayo de 2015 que dice que: «Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas».

³² Vid: STS de 27 de septiembre de 2017 que establece que: «La adquisición de la mayoría de edad por los hijos da lugar a una nueva situación en la que debe estarse como interés superior de protección, cuando las circunstancias lo aconsejen, al del cónyuge más necesitado de protección, pero por el tiempo que prudencialmente se fije, de conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 96 CC (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre y 390/2017, de 20 de junio)».

³³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «La atribución del uso de la vivienda familiar...» *cit.*, p.27.

imperiosa necesidad de regulación de la custodia compartida y las demás medidas que le atañen³⁴.

En Aragón, en cambio, sí que encontramos respuesta del legislador a tal situación, así el CDFa en su art. 81 establece que: *«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»*.

De acuerdo con el art. 96.1 citado anteriormente, el Código civil parte del razonamiento de que, en aquellos casos de crisis matrimonial, se establecerá de manera preferente el régimen de custodia individual sobre los hijos menores, y por lo tanto el uso de la vivienda familiar se asignará al progenitor que ostente la custodia de los hijos. Este establecimiento de manera preferente del régimen de custodia individual lo refleja el legislador en el art. 92.8 al establecer que el régimen de guarda y custodia compartida será adoptado por el juez de manera excepcional. En este punto, nada tiene que ver la regulación estatal con la legislación autonómica de Aragón, que da una respuesta diametralmente opuesta, estableciendo en su art.80.2 del CDFa que *«El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente...»*.

En lo que al Derecho común respecta, el Derecho positivo ha sido superado por la práctica jurisprudencial y así, el Tribunal Supremo ha establecido como doctrina jurisprudencial consolidada *«que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, 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»*³⁵.

A raíz de esta doctrina jurisprudencial la custodia compartida pasa de ser una medida excepcional a una medida preferente, lo que ha provocado el aumento de

³⁴ <http://www.abogacia.es/2017/06/09/la-situacion-actual-en-la-atribucion-del-uso-y-disfrute-del-domicilio-familiar-a-los-hijos/>

³⁵ Tal es la doctrina que establece la STS 29 abril 2013 y que es seguida por otras muchas posteriores, como la STS 19 julio 2013, STS 25 noviembre 2013, STS 6 abril 2018.

custodias compartidas no solicitadas por ambos cónyuges extendiéndose también dicho desacuerdo sobre el uso de la vivienda familiar³⁶.

En el caso de custodia compartida, los hijos no se encuentran únicamente en compañía de uno de ellos, sino de los dos, por lo tanto la atribución del uso de la vivienda familiar en aplicación del art. 96.1 correspondería al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, es decir, ambos cónyuges pero por periodos alternos lo que haría necesario la existencia de al menos tres casas, es decir, la vivienda familiar en la que continuaría viviendo el menor y además cada cónyuge debería disponer de una segunda vivienda para aquellos periodos en los que no le corresponda el uso de la familiar. Esta situación es conocida como la «vivienda nido», la cual ha sido rechazada por el Tribunal Supremo³⁷, ya que pese a resultar idónea teóricamente resulta complicada su aplicación práctica tanto por la dificultad de que una familia de «economía media» pueda disponer de tres viviendas, por la dificultad organizativa por parte de los progenitores que conlleva esta medida³⁸.

Rechazada la posibilidad de establecer una vivienda «nido» es necesaria la búsqueda de otro criterio para la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida pues el art. 96.1 resulta inoperante.

De acuerdo con la postura del Tribunal Supremo, deberá aplicarse analógicamente el párrafo segundo del artículo 96, que establece que en aquellos casos que unos hijos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la de otro «el juez resolverá lo procedente». Así mismo, el Alto Tribunal en su Sentencia de 24 de octubre de 2014³⁹ establece que en estos casos el juez deberá realizar una ponderación de las circunstancias de cada caso, atendiendo especialmente a dos factores, en primer lugar el interés más necesitado de protección «que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres» y en segundo lugar, a la titularidad de la vivienda.

³⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. ,«La atribución del uso de la vivienda familiar...» *cit.* , p. 19.

³⁷ Vid: STS de 11 de Febrero de 2016, donde afirma que: «Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán 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 los menores y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única...».

³⁸ VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados...» *cit.* ,p.17.

³⁹ La doctrina establecida por esta sala es seguida por muchas más, como las STS de 27 de junio de 2016, 21 de julio de 2016 o la STS de 14 de marzo de 2017, entre otras.

En lo que respecta a la posibilidad de limitar temporalmente la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida, a través de una interpretación analógica del art. 96. párrafo tercero, que exige que se establezca un plazo prudencial, sí que procede fijar una temporalidad en el uso de la vivienda. Si bien es cierto que encontramos dos tipos de respuesta en la jurisprudencia respecto a la temporalidad, en especial en aquellos casos en los que la vivienda se trata de un bien privativo de uno de los cónyuges, pues hay sentencias que considerando que la atribución se realiza como consecuencia de la guardia y custodia compartida de los hijos menores, ésta cesará, por lo tanto, cuando estos cumplan la mayoría de edad por lo que es innecesaria una pronunciación al respecto ya que de manera implícita está limitada la atribución del uso, y por otro lado, y finalmente como doctrina jurisprudencial consolidada, el Tribunal Supremo establece que, aunque el interés del menor es preponderante, el tiempo por el que se atribuye el uso debe ser acorde con el principio de proporcionalidad⁴⁰.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que dicha limitación temporal es revisable, de manera que podrá prorrogarse el uso si una vez cumplido el plazo persiste la imposibilidad objetiva de acceso a otra vivienda⁴¹.

2.3 Custodia de los hijos dividida entre los progenitores

Existiendo hijos menores cabe la posibilidad, a pesar de que el art. 92. párrafo 4º CC dispone que el juez ha de procurar no separar a los hermanos, de que por conveniencia unos sean puestos bajo la guarda y custodia del padre y otros bajo la de la madre.

Así las cosas, y dado que ya no es viable acudir al art. 96.1 por existir hijos en compañía de ambos cónyuges, el siguiente párrafo ordena lo siguiente: «Cuando algunos

⁴⁰ Así la STS de 20 de febrero de 2018 establece que: «cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda (resume la doctrina la sentencia 517/2017, de 13 de septiembre, con cita de otras anteriores)».

⁴¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «La atribución del uso de la vivienda familiar...» *cit.*, p. 20.

de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente»⁴².

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se trata del mismo artículo aplicado analógicamente para los supuestos de custodia compartida, sin embargo, conviene matizar la diferencia entre ambos supuestos.

En el supuesto de custodia compartida la guarda de los hijos es alterna, persistiendo el derecho de uso durante los periodos de convivencia con el otro cónyuge.

Por el contrario, en los supuestos de custodia dividida consiste en que un cónyuge tiene la custodia de uno o más hijos y el otro del resto, de manera que en este caso los hijos cuya custodia ostenten cada uno de los cónyuges jugarán un papel fundamental en la atribución del uso, pues en función del cónyuge al que se le atribuya el uso lo disfrutarán unos hijos u otros.

Por consiguiente, ello no quiere decir que el juez pueda resolver arbitrariamente, sino que tendrá que resolver lo que proceda de acuerdo con los criterios plasmados en el art.96. Por lo tanto:

- en primer lugar, deberá conjugar el principio del *favor filii* y el criterio del interés más necesitado de protección, atribuyendo la vivienda al cónyuge en cuya compañía hayan quedado los hijos menores ⁴³ cuyo interés sea más necesitado de protección.

- en segundo lugar, si los hijos tienen el mismo interés necesitado de protección, el siguiente criterio que deberá atender el Juez es el interés más necesitado de protección de los cónyuges, de manera que si el no titular tiene un interés más necesitado de protección y las circunstancias lo aconsejan deberá atribuírsela a este⁴⁴.

Por último, cuando los intereses de ambos cónyuges sean similares lo lógico es la atribución al cónyuge titular de la vivienda⁴⁵.

⁴² MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.* , p. 281.

⁴³ En este sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.* , p.282, donde afirma que los hijos a los que se refiere este artículo tienen que ser los mismos a los que se refiere el art.96.1. Aun considerando que este párrafo incluye a los mayores de edad, en concurrencia de ambos debería atribuirse al cónyuge en cuya compañía quedaran los menores de edad.

⁴⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.* , pp. 282-283.

⁴⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., *Definición y atribución... cit.*, p. 19.

3. INEXISTENCIA DE HIJOS

El tercer párrafo del art. 96 establece que, no habiendo hijos⁴⁶, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije, siempre que las circunstancias lo hicieran aconsejable y concurriera en él el interés más necesitado de protección.

De la lectura de este precepto podemos observar que establece dos criterios de atribución: por un lado y de forma expresa, el interés más necesitado de protección, por otro y de forma tácita la titularidad del bien, pues determinando en qué ocasiones se le atribuirá el uso al no titular, indirectamente lo que hace es decir que en el resto de supuestos corresponderá al titular.

Por lo tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular adquiere un carácter excepcional, siendo la regla general la atribución al cónyuge titular. Sin embargo, ello no implica que el criterio de la titularidad sea el principal, sino todo lo contrario, el criterio del interés más necesitado de protección será el principal, siendo subsidiario el de la titularidad.

Este párrafo, en consecuencia, se refiere a aquellos casos en que la vivienda familiar se trata de un bien privativo de uno de los cónyuges, y el criterio de atribución del uso que establece es un criterio doble, por un lado obliga atender al interés más necesitado de protección entre cónyuges y por otro a las circunstancias⁴⁷. Es decir, no solo exige para apartar el criterio de la titularidad que el cónyuge no titular tenga el interés más necesitado de protección, sino que además las circunstancias lo deben hacer aconsejable. En definitiva, se trata de determinar si el cónyuge no titular tiene un interés más necesitado de protección que el cónyuge titular, pues en atención a la circunstancias se presupone que en igualdad de condiciones la atribución correspondería al cónyuge titular del bien⁴⁸. Ante la ausencia de dicho interés la atribución del uso de la vivienda recaerá sobre el titular de la misma⁴⁹.

⁴⁶ De igual manera que en el art.96.1 cuando el artículo dice «no habiendo hijos» debemos considerar que se está refiriendo a aquellos casos en los que no haya hijos menores de edad, con independencia de que los haya habido y estos sean ya mayores de edad y no estén incapacitados. MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.*, p. 289.

⁴⁷ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.*, p. 291.

⁴⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., *Definición y atribución... cit.*, p. 20.

⁴⁹ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso... cit.*, p. 41.

En lo que respecta al interés del no titular, estará más necesitado de protección si sus ingresos son inferiores a los del titular, así como en aquellos casos en los que los ingresos derivaran de su especial relación con la vivienda, por ejemplo, por tener en ella la clínica en la que ejerza. Para justificar dicho interés no basta con una ligera diferencia de ingresos, sino que tiene que ser patente. Asimismo, a la hora de valorar el interés será tenido en cuenta el interés de los hijos comunes mayores de edad y dependientes económicamente que convivan con el no titular, siempre y cuando el titular este obligado a atender este último⁵⁰.

Como hemos señalado anteriormente, no basta con que el interés más necesitado de protección sea el del cónyuge no titular, sino que además es necesario que las circunstancias lo hagan aconsejable. Conviene observar que el precepto no exige que no se desaconsejen, sino que la aconsejen, requisito mucho más riguroso. En definitiva, las circunstancias «no son las que hacen más digno de tutela al esposo no titular, sino, tal y como dice el precepto, las que decidirán si, aun dándose este otro requisito (interés más necesitado), la atribución del uso deberá hacerse o no»⁵¹.

Conviene señalar que, aplicación de los artículos 91 y 103 CC, el juez necesariamente se tiene que pronunciar sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, si bien en aquellos supuestos en los que esta es un bien privativo de uno de los cónyuges el juez solo podrá atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular si éste la solicita⁵².

En lo que respecta a la temporalidad de la atribución de la vivienda familiar, el juez deberá fijar un plazo prudencial a la hora de atribuir el uso de la vivienda, pues así lo exige el precepto indicado. Sin embargo, podemos encontrar sentencias como la del TSJ de Cataluña de 22 de septiembre 2003 que establece que «no es obligado fijar un plazo de tiempo en aquellos casos en los que la necesidad del cónyuge sea razonablemente duradera»⁵³.

⁵⁰ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.*, pp. 295-311.

⁵¹ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.*, p. 312.

⁵² MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.*, pp. 314-315.

⁵³ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso... cit.*, Ref. 47.

IV. LA ATRIBUCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO SE TRATA DE UN BIEN PRIVATIVO

1. NATURALEZA DEL DERECHO

La configuración jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar ofrece muchas dificultades. Por un lado, en situaciones de normalidad matrimonial se trata de un derecho que otorga una serie de facultades al cónyuge no propietario, como la que en cierto sentido podría considerarse como facultad de co-disposición (en la práctica funciona como tal, pero la disposición teóricamente corresponde solo a su titular, eso sí, con “autorización del cónyuge) limitando las facultades del cónyuge titular al exigir el consentimiento del cónyuge no propietario para disponer de los derechos sobre la vivienda. Por otro lado, en situaciones de crisis matrimonial el juez puede decretar, como hemos ido viendo, la atribución del uso en favor del cónyuge no propietario⁵⁴.

En este contexto, el carácter real o personal del derecho de uso de la vivienda familiar ha sido, y lo es en la actualidad, objeto de discusión tanto doctrinal como jurisprudencial.

Por un lado, en parte de la doctrina más reciente podemos observar una cierta inclinación en favor de la naturaleza real⁵⁵ frente a la personal, dicha inclinación se debe en gran medida a la eficacia erga omnes del derecho de uso derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad⁵⁶.

Sin embargo, también podemos encontrar argumentos en favor del carácter personal del derecho; el art. 96.4 exige el consentimiento del cónyuge no titular-poseedor para la validez del acto dispositivo, esta necesidad de consentimiento sólo puede justificarse en la naturaleza de derecho personal del usuario, ya que en caso de que se tratase de un derecho real no cabría dicho requisito de disposición pues su oponibilidad erga omnes convertiría en inútil tal requisito. De manera que solo puede estar justificado en la naturaleza de derecho personal. En consecuencia, «el derecho de uso de la vivienda

⁵⁴ CERVILLA GARZÓN, M.D, «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Num.4/2017, Barcelona.

⁵⁵ Vid: O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil, Derecho de familia, t.IV, Edisofer, 2012. p.83. «Este uso, si el otro cónyuge es propietario, copropietario o titular de derecho real de la vivienda, llamado derecho de ocupación, tiene naturaleza de derecho real y es inscribible en el Registro de la Propiedad».

⁵⁶ CERVILLA GARZÓN, M.D, «Naturaleza jurídica del derecho...» *cit.* , p. 4.

familiar es un derecho personal con eficacia real u oponibilidad erga omnes cuando accede al Registro de la Propiedad»⁵⁷.

Así, si el derecho originario del derecho de uso de la vivienda es un derecho real es admisible que el derecho de uso sea calificado de uno u otro tipo. Ahora bien, si el derecho originario es un derecho personal, el derecho derivado de este solo puede tener la misma naturaleza.

Por último, hay una postura que no se decanta por ninguna de las anteriores recurriendo a una categoría *sui generis*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también se ha mantenido vacilante respecto a la categorización de tal derecho, de manera que podemos encontrar distintas pronunciations⁵⁸:

- derecho real pero atribuyéndole las características del uso de acuerdo con los art. 523 y ss. CC⁵⁹.
- derecho oponible erga omnes pero no derecho real⁶⁰.
- derecho de naturaleza «sui generis»⁶¹.
- derecho no real⁶².

Tras exponer las diversas vacilaciones experimentadas por la jurisprudencia en lo que respecta a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido por sentencia, con la consecuente necesidad de unificar doctrina, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de enero de 2010 fijó la siguiente doctrina: «el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien

⁵⁷ CERVILLA GARZÓN, M.D, «Naturaleza jurídica del derecho...» *cit.* , pp. 6-9

⁵⁸ MANZANO FERNÁNDEZ, M.M, «Derecho de uso de la vivienda familiar...» *cit.* , pp. 17-18.

⁵⁹ En este sentido, la STS 17554/1993 afirma (Roj: STS 17554/1993-ECLI: ES:TS:1993:17554) «Es evidente que no se puede confundir un derecho de uso y habitación, derecho real de disfrute limitado en cuanto a su contenido y duración, con el derecho real pleno de dominio sobre el mismo inmueble que es de carácter perpetuo e ilimitado...». También la SAP de Madrid (12ª), de 29 de marzo de 2010 establece que: «es un derecho real de disfrute de carácter limitado en cuanto a su contenido».

⁶⁰ STS 31 de diciembre de 1994.

⁶¹ Vid: STS 11 de diciembre de 1992: «el problema que se plantea deriva de la naturaleza que deba darse al uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente [...] La Sala comparte, acerca de la cuestión, el razonamiento que, en este sentido, recoge la sentencia recurrida, inclinándose por la interpretación doctrinal que sostenía la naturaleza sui generis de la situación jurídica especial del ocupante en virtud del título que en este caso se contempla».

⁶² Vid: STS 29 de abril de 1994 «El derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real...».

se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)».

Esta línea jurisprudencial es la seguida en la actualidad por los tribunales⁶³, y es muy importante precisamente porque no es un derecho real, por ejemplo ante un posible lanzamiento (por ej. por impago de la hipoteca, o por desahucio por precario, el que tiene el uso de la vivienda) el que tiene a su favor el uso ¿podría alegar la sentencia para evitarlo?

En el caso de que la sentencia que atribuye el uso de la vivienda a uno de los cónyuges accediese al Registro de la Propiedad se hará respetando el principio de prioridad, de manera que sólo en caso de que el derecho de uso accediese con anterioridad a la inscripción de una hipoteca, aquél será inmune a una posterior ejecución hipotecaria. Sin embargo, lo habitual es que la vivienda se halle previamente gravada, por lo que «el adjudicatario de la vivienda en el procedimiento de ejecución hipotecaria gozará de un estatus preferente frente al derecho de uso constituido por la sentencia de separación o divorcio»⁶⁴.

Por lo tanto, en respuesta a la cuestión, el Tribunal Supremo ha establecido que no, la sentencia que atribuye el uso, no transmuta el carácter del derecho: pues si en una situación de normalidad conyugal hubiese tenido lugar el impago y la posterior, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges, nada impide que cuando se haya atribuido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges se llevara a cabo, de igual manera, el lanzamiento⁶⁵.

⁶³ Sentencias como la del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015 o la reciente STS de 6 de febrero de 2018 reiteran la jurisprudencia sentada por el tribunal en la STS de 14 de enero de 2010.

⁶⁴ http://www.elderecho.com/tribuna/civil/atribucion-vivienda-lanzamiento-ejecucion-hipotecaria-crisis-economica_11_964930003.html

⁶⁵ STS 8 octubre de 2010.

2. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR LA PÉRDIDA DEL USO

En este punto en concreto me detendré especialmente pues, a diferencia de los anteriores, no está tan tratado en la actualidad.

Es innegable el contenido económico de la atribución del uso de la vivienda familiar, reportando un beneficio para el cónyuge poseedor del uso y un empobrecimiento del cónyuge titular privado de éste⁶⁶ ya que, en la mayor parte de las ocasiones, deberá adquirir un nuevo inmueble para fijar su residencia. Esta situación es más severa cuando se trata de un bien privativo de uno de los cónyuges pues, además de la privación del uso «implica que se comporta como un gravamen que bloquea el valor económico del bien en tanto que impide su enajenación voluntaria libre de cargas»⁶⁷.

Por lo tanto, esta descompensación patrimonial que provoca la desposesión del uso del inmueble en favor del cónyuge no titular, debería ser compensada económicamente en aras a la consecución de solución equitativa. Esta compensación podrá realizarse por parte del tribunal de dos maneras, una de ellas es de forma directa, es decir, recibiendo la cantidad correspondiente a la tasación que del uso realice el juez, la otra se trataría de forma indirecta, lo que quiere decir que el tribunal a la hora de establecer las posibles pensiones de alimentos o compensatorias tuvieran en cuenta la atribución del uso en favor del cónyuge o hijos beneficiarios⁶⁸.

Ahora bien, es necesario destacar que el Código Civil no contiene una norma que obligue al juez, de manera expresa a establecer una compensación (ya sea directa o indirecta) como consecuencia de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular. Sin embargo, sí que podemos encontrar una pronunciación al respecto en distintas leyes autonómicas como el art. 233.20.7 del Código Civil de Cataluña⁶⁹ o en la legislación autonómica valenciana⁷⁰.

⁶⁶ VERDERA IZQUIERDO, B., “Estudio de los últimos postulados...” *cit.* , pp. 26-27.

⁶⁷ CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio, 2014), p. 19.

⁶⁸ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso...* *cit.* , p.157.

⁶⁹ »La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge».

⁷⁰ El art. 6.1 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, establece que: «En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una

En Aragón también podemos encontrar regulación al respecto, el art. 83.2 CDFA precisa que la atribución del uso de la vivienda familiar será uno de los criterios que el juez deberá observar a la hora de fijar la cuantía y la duración de la asignación compensatoria a la que, en su caso, tendrá derecho el perjudicado económicamente por la ruptura matrimonial. Sin embargo, en lo que respecta a la pensión de alimentos a satisfacer por el cónyuge titular no usuario, no se contempla una previsión similar; pese a esto, se puede observar en la jurisprudencia una tendencia favorable a tomar en consideración la atribución del uso a la hora de fijar la contribución de cada uno de los progenitores a los gastos de manutención de los hijos⁷¹.

2.1 Compensación directa

Esta forma de compensación consiste en la tasación⁷² por parte del juez del valor pecuniario del uso atribuido, atendiendo a las circunstancias y a la duración del mismo. En este caso conviene diferenciar según los cónyuges tengan el régimen económico de gananciales o bien de separación de bienes.

En lo que respecta al régimen de gananciales la atribución del uso se tendrá en cuenta a la hora de hacer el inventario y adjudicar los lotes, ya que aunque el bien sea privativo, el uso no necesariamente corresponde a quien es su titular. Sin embargo, ello conlleva grandes problemas en relación a la valoración económica del derecho en la práctica, pues en los supuestos de atribución del uso sin limitación temporal su valoración a priori resulta imposible, al igual que en aquellas ocasiones que pese a realizarse con límite temporal, como hemos visto, se prorroga, de manera que éste es un argumento contundente para rechazar la técnica de compensación directa desde la liquidación de la sociedad de gananciales⁷³.

compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya a la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores».

⁷¹ LÓPEZ AZCONA, A. «La atribución del uso...» *cit.*, pp. 64-66.

⁷² VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados...» *cit.*, p. 27 donde señala que: «Para ello, se tasarán el valor de uso del inmueble de acuerdo con un determinado parámetro, como puede ser un arriendo».

⁷³ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso... cit.*, pp. 157-161.

Consecuentemente, para evitar esta situación se ha postulado que a la hora de liquidar la sociedad de gananciales consiste en adjudicar la propiedad al cónyuge usuario, de manera que dicho derecho de uso no nace por ser ya propietario de la vivienda el cónyuge usuario.

En cuanto al régimen de separación de bienes la compensación directa solo podrá realizarse a través de un pago al titular de la vivienda por su uso.

2.2 Compensación indirecta

Hay que tener en cuenta que en los casos de separación o divorcio puede haber lugar a un derecho de alimentos o/y pensión compensatoria entre los cónyuges, lo que puede suponer la fijación de una pensión pecuniaria en favor del no titular a cargo del cónyuge titular⁷⁴: eso nos enfrenta al posible escenario de cónyuge titular, que se ve privado del uso de su inmueble y que además tiene que pagar una pensión al no titular que ocupa aquél. En esta situación conviene realizar una distinción en función de la atribución por el art. 96.1 o por el art. 96.3.

En primer lugar, en los supuestos de atribución por el art.96.1 en favor de los hijos menores, la finalidad que persigue la medida es atender a los hijos comunes, cubriendo en ocasiones de manera indirecta la necesidad de habitación del ex cónyuge, ahora bien, se trata de una medida que cumple una función asistencial únicamente en relación con los hijos.

Por un lado, si los hijos menores tienen derecho de percibir alimentos por parte del titular, el juez a la hora de fijar la cuantía de la pensión de alimentos deberá tener en cuenta el hecho de la cesión para que residan los hijos de un inmueble de su propiedad⁷⁵. Por lo tanto, y dado que con la atribución del uso se está satisfaciendo parte del contenido del derecho de alimentos, la cuantía de la pensión deberá ser menor que si no se hubiera producido tal cesión.

Por otro lado, los cónyuges en cuya compañía queden, al igual que los hijos, pueden tener derecho a percibir una pensión de alimentos que se verá modificada de igual

⁷⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.* , p. 313-314.

⁷⁵ «Por ello, por la propia esencia de la obligación de alimentos, indirectamente, la atribución del uso de vivienda propiedad del no custodio, afectará a la cuantía de la pensión, aunque no se diga de manera expresa por el legislador» CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda familiar en situación...» *cit.* , p.20.

manera que la de los hijos menores. En lo que respecta a la pensión compensatoria, cuya finalidad es reparar el desequilibrio económico producido por el matrimonio, quedará afectada por la atribución del uso ya que resulta evidente que dicha atribución favorece la compensación de la desigualdad económica generada, por lo tanto, la asignación del uso conllevará necesariamente una reducción de la pensión compensatoria⁷⁶.

En cuanto a la atribución realizada en virtud del art. 96.3, es decir, en ausencia de hijos menores, en atención al interés más necesitado de protección y atendidas las circunstancias, cuando el interés más necesitado de protección no derive de la especial vinculación del cónyuge no titular con la vivienda y lo haga por razón de los menores ingresos o medios económicos, la finalidad de la atribución del uso será únicamente compensar una desigualdad económica tras la ruptura del matrimonio.

En este punto, hay que tener presente que el hecho de la separación puede fundamentar un derecho de alimentos entre cónyuges o bien el nacimiento de una pensión compensatoria, lo que supondría fijar una pensión económica en favor del cónyuge no titular y a cargo del titular. Así las cosas, y dado el carácter excepcional de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular, la asignación de la pensión (ya sea de alimentos o compensatoria) podrá tener en cuenta la necesidad de cubrir la necesidad de habitación del cónyuge no titular, dejando por lo tanto de ser el interés de este el más necesitado de protección y por lo tanto quedando injustificada la atribución del uso de la vivienda familiar. En definitiva, si lo que sustenta la atribución del uso de la vivienda familiar es un motivo únicamente económico podrá ser resuelto de manera pecuniaria, aumentando la cuantía de la pensión, sin necesidad de privar del uso de la vivienda a su titular.

Ahora bien, la aplicación práctica demuestra que en muchas ocasiones se incumple tanto la obligación de alimentos como la de la pensión compensatoria, lo que lleva a los jueces en estos casos a atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado para así garantizar que tendrá cubierta, como mínimo, su necesidad de habitación⁷⁷.

⁷⁶ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso... cit.*, pp. 161-165.

⁷⁷ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso... cit.*, p. 314-316.

3. DEFENSA DE LA POSESIÓN

Una vez atribuido el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, éste tiene en su favor una serie de elementos protectores de su estado posesorio.

En primer lugar, y con carácter preventivo, el art. 96.4 CC⁷⁸ exige para la disposición de la vivienda familiar el consentimiento de ambas partes con el fin de evitar actos de disposición por parte del legítimo titular. A primera vista podemos observar que el contenido de este artículo es similar al del art. 1320 CC⁷⁹, sin embargo, la ratio legis del artículo 96.4 es diferente. Así el art. 1320 CC tiene como presupuesto de hecho una situación de normalidad en la convivencia conyugal, de manera que ambos cónyuges son coposeedores pacíficos de la vivienda, por el contrario, el art. 96.4 tiene como presupuesto de hecho una situación matrimonial distinta, pues está previsto para los casos de crisis matrimonial, de manera que la coposesión pacífica se rompe naciendo la necesidad de establecer quién va a ser el poseedor exclusivo de la vivienda familiar⁸⁰.

Así las cosas, el régimen jurídico del art. 96.4 y cómo actúa protegiendo la situación posesoria del cónyuge no titular tiene las siguientes consecuencias:

El régimen de transmisión del art. 96.4 exige el consentimiento del cónyuge no titular y poseedor, no bastando, a diferencia del art. 1320, el mero asentimiento⁸¹. Asimismo, será necesaria la concurrencia de ambos cónyuges para que el consentimiento contractual sea válido y produzca todos los efectos.

En lo que respecta a la reacción de la norma ante el incumplimiento de la misma, descartada la nulidad pues dicha norma no contiene una prohibición de disponer, la consecuencia será la anulabilidad de los actos realizados sin acatar el art. 96.4 CC pues el consentimiento emitido por el propietario sin concurrencia del consentimiento del

⁷⁸ «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».

⁷⁹ «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

⁸⁰ CERVILLA GARZÓN, M.D, «Consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge», en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, Nº.34, 2003, pp. 24-35.

⁸¹ En este punto, si bien es cierto que respecto al art. 1320 es aceptado por unanimidad que la necesidad de consentimiento debe ser interpretada como mero asentimiento, en lo que respecta a la exigencia de consentimiento (no asentimiento) del art.96.4 no existe tal unanimidad, pues parte de la doctrina considera suficiente, dado el paralelismo entre normas, el mero asentimiento.

cónyuge poseedor es un consentimiento incompleto. El plazo de cuatro años para la caducidad de la acción debe empezar a contarse desde el momento en el que el cónyuge poseedor tuvo conocimiento del negocio dispositivo.

En cuanto a la protección de los terceros, para que la protección registrar tenga lugar se tienen que cumplir tres requisitos necesariamente:

- El derecho atribuido por la resolución judicial debe ser inscrito en el Registro, de manera que por medio de la publicidad, formal y material, que la inscripción le otorga, despliega su plena eficacia erga omnes.
- El tercero tiene que haber actuado de buena fe. Es decir, confiando en la información que le proporciona el Registro de la Propiedad e ignorando la situación matrimonial del titular registral (ya que de hacerlo se informaría sobre el estado posesorio de la vivienda que va a adquirir).
- La transmisión debe ser a título oneroso y el tercero debe haber inscrito su derecho en el Registro tal y como exige el art. 34 de la LH⁸².

En segundo lugar, está legitimado para usar la protección interdictal en defensa de su estado posesorio una vez haya sido desposeído o tema que ello vaya a ocurrir.

En este sentido, el cónyuge poseedor goza de la normal protección que tiene todo poseedor, que aparece en el art. 446 del CC. Asimismo, el art. 250 LEC párrafo 4º establece que «Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido desposejado de ellas o perturbado en su disfrute»⁸³.

En definitiva, el cónyuge poseedor cuenta con una serie elementos protectores de su estado posesorio, entre los que se encuentran la necesidad de consentimiento, la anulabilidad de los actos dispositivos realizados sin su consentimiento, y una vez haya sido desposejado de su posesión o tema que pueda serlo, podrá valerse de los trámites del juicio verbal civil, interponiendo la acción contra el despojante o perturbador.

⁸² «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro...»

⁸³ CERVILLA GARZÓN, M.D, «Consecuencias jurídicas derivadas...» *cit.* , Pp. 24-38

V. CONCLUSIONES

Primera. La importancia de la vivienda familiar queda reflejada en la protección que le otorga el Código civil basada en que se trata de un bien que goza de un gran valor económico y generalmente, afectivos. Para obtener una definición de la misma, y dado que el Código civil no se pronuncia al respecto, es necesario acudir a las pautas establecidas en la jurisprudencia destacando las notas con las que debe contar: habitualidad y permanencia. La importancia de su definición y conceptualización radica en que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del TS, cabría hablar también de cierto carácter insustituible de la misma, dado que el juez en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no podrá atribuir viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

Segunda. Es a los cónyuges a quien corresponde, en primer lugar, decidir lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar en el correspondiente convenio regulador, pues se trata de parte del contenido mínimo de este. En defecto de acuerdo, es el juez al que corresponde decidir sobre el uso de la vivienda familiar. Así los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar aparecen recogidos en el artículo 96 CC.

El primer criterio a tener en cuenta a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar es a los hijos y, en consecuencia, al cónyuge en cuya compañía queden. En este punto, hemos resuelto las dudas que surgen en la aplicación de este artículo, llegando a la conclusión de que este artículo sólo se refiere a los hijos comunes menores de edad y a los mayores incapacitados por asimilación, que no se trata de una atribución automática sino que el juez deberá ponderar los distintos intereses en cada caso concreto, y en lo que respecta a la limitación temporal, la atribución del uso realizada a partir de este precepto no podrá limitarse temporalmente pues se trata de una manifestación del interés del menor.

El segundo criterio establece que cuando unos hijos queden bajo la custodia de un progenitor y los otros bajo la de otro el juez resolverá lo procedente. Este precepto, como hemos visto, se aplica tanto en estos supuestos, que resultan poco frecuentes debido a que el Código civil establece que el juez debe procurar no separar a los hermanos, como en los supuestos de custodia compartida.

Por último, el tercer criterio establece que en aquellos casos que no haya hijos en común, el juez, atendiendo al interés más necesitado de protección, podrá atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular.

Tercera. En cuanto a la posibilidad de compensar por la asignación del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, existen dos posibilidades: una compensación directa cuya dificultad principal radica en la valoración económica de la atribución cuando ésta es indefinida, o bien una compensación indirecta, que consiste básicamente en que el juez, a la hora de fijar la cuantía de las pensiones correspondientes tuviera en cuenta la atribución del uso, sin embargo, esta posible compensación se enfrenta al problema del incumplimiento en la práctica del pago de dichas pensiones, lo que podría generar una situación de necesidad en el cónyuge acreedor de la pensión.

Cuarta. Personalmente considero que el legislador debería atender a las necesidades actuales, teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial al respecto, regulando la atribución del uso en los supuestos de custodia compartida, pues tratándose en la práctica de un problema habitual carece de sentido tener que aplicar analógicamente un precepto no diseñado especialmente para esos supuestos.

En atención a la posible compensación por el uso de la vivienda familiar a su titular, también creo necesario establecer legalmente, como sucede en el caso de Aragón respecto a la pensión compensatoria, la obligación al juez de tener en cuenta la asignación de la vivienda familiar a la hora de fijar las posibles pensiones de alimentos o compensatoria, de manera que se consigan unos resultados lo más equitativo posibles. Asimismo, en aquellos casos en los que se le atribuya el uso al cónyuge por ser su interés el más necesitado de protección y éste pueda verse saldado a través de una compensación económica optar por esta medida en vez de por la atribución del uso, siempre que no existan indicios racionales de que haya posibilidad de incumplimiento por parte del deudor.

BIBLIOGRAFÍA.

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

CERVILLA GARZÓN, M.D, «Consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge», en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, Nº.34, 2003.

CERVILLA GARZÓN, M.D, «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Num.4/2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. ,«La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., Definición y atribución del domicilio familiar, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Cuenca, 2008.

LÓPEZ AZCONA, A. «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: Derecho positivo y práctica jurisprudencial», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3 bis, noviembre, 2015

MARÍN LÓPEZ, M.J., «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» en *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz (coord.), 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2006.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T.,Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, Aranzadi, Navarra, 2005

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Curso de Derecho Civil. Derecho de familia», t.IV, Edisofer, 5ª Edición, 2016.

MANZANO FERNÁNDEZ, M.M, «Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial», en *International Journal of Land Law & Agricultural Science*, num.5, Junio-Julio 2011.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil, Derecho de familia, t.IV, Edisofer, 2012.

RAMS ALBESA, J., Hogar y ajuar familiar en las crisis matrimoniales, EUNSA, Pamplona,1986.

VERDERA IZQUIERDO, B., “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. “La necesidad de vivienda” “, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm.1/2016.

<http://www.abogacia.es/2017/06/09/la-situacion-actual-en-la-atribucion-del-uso-y-disfrute-del-domicilio-familiar-a-los-hijos/>