

2019 - 05 - 09

# Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2016

Número 101 (Mayo-Agosto)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2692

Comentario

1. Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la Sentencia 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 355) (ISAAC TENA PIAZUELO)

1. Introducción

## Comentario

### 1 Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la Sentencia 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 355)\*)

**ISAAC TENA PIAZUELO**

*Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho civil, Universidad de Zaragoza*

**ISSN 0212-6206**

**Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 101  
Mayo - Agosto 2016**

#### Sumario:

1. Introducción
2. La vivienda familiar como concepto jurídicamente relevante
3. El interés del menor
4. Atribución del uso de vivienda en los ordenamientos territoriales: Cataluña, aragón, valencia, país vasco
5. Interés de los hijos y autonomía de la voluntad de los padres
6. Vivienda alternativa al domicilio familiar actual
7. Planteamiento argumental de la sentencia del ts de 16 enero 2015

#### RESUMEN:

Tras la ruptura de pareja con hijos menores es posible que, cuando concurren ciertas circunstancias, se modifiquen las medidas aprobadas judicialmente. Así,

#### ABSTRACT:

After the break-up of couples having underage children, it is possible that, when particular circumstances occur, measures approved by judicial

entre otras posibilidades, cabe sustituir el uso de la vivienda familiar que se hubiera atribuido inicialmente por el de otra que no tenga actualmente este carácter, siempre y cuando quede a salvo el interés superior de los hijos.

**PALABRAS CLAVE:** ruptura de pareja no matrimonial - interés de los hijos - domicilio - vivienda familiar - atribución del uso de la vivienda familiar

decisions be modified. Accordingly, among other possibilities, the usage of the family home initially attributed may be substituted for the usage of another that does not possess that role, provided that the best interests of children are granted.

**KEYWORDS:** Break-down of non-marital partnerships - the best interests of children - abode - family home - allocation of the family home

## 1. INTRODUCCIÓN

La vivienda es, objetivamente, un bien jurídico. Que recibe una consideración añadida (no necesariamente económica) cuando constituye la sede jurídica de las personas. Esa valoración jurídica resulta todavía más notoria si se agrega a la vivienda el calificativo de *familiar*, cuando constituye el domicilio que alberga al grupo familiar (más o menos amplio) y que constituye el ambiente natural que da cobijo y seguridad a sus miembros, determina ciertos aspectos del desarrollo de su personalidad, permite el cumplimiento de las funciones familiares y la capacitación de la prole en su caso. La vivienda familiar es un bien jurídico especialmente valioso.

El Derecho protege de diversas maneras el *status familiae* cuando sus miembros desean permanecer unidos y convivir bajo un mismo techo. Y también (si cabe, con mayor razón) cuando quiebra el soporte familiar, y el ordenamiento jurídico se constituye en garante de los derechos de los miembros de la familia disgregada (muy especialmente de quienes no pueden valerse por sí mismos, de los hijos discapacitados o de los menores de edad) cuando se pone fin a la convivencia. Precisamente, en este nuevo contexto familiar, hay una suerte de jerarquía en la tutela jurídica de los derechos de los individuos que está presidida por el concepto de «interés de los hijos».

En lo que respecta a la protección de los hijos de la pareja rota, desde hace algunos años se ha abierto camino en la jurisprudencia un principio fundamental, que muestra la consideración benéfica hacia los que todavía están potestad. Se trata de una ficción que actúa a modo de *objetivo tendencia*: el mantenimiento, en lo posible, de sus condiciones de vida como si la ruptura no se hubiera producido. Preservar el nivel de vida (lo que, a su vez, es un concepto relativo), en definitiva, depende de múltiples variables. «Sin duda, el interés prevalente 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, 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 si no 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» (🔗 [STS de 17 junio 2013](#) (RJ 2013, 4375) F.º D.º primero; doctrina reiterada por 🔗 [STS de 18 mayo 2015](#) (RJ 2015, 1919) *cf.* F.º D.º segundo).

Hay una circunstancia que resulta especialmente significativa como referencia de lo que supone el interés de los hijos, pues compendia otras muchas: que estos sigan ocupando la vivienda que constituía la sede de la familia antes de su ruptura. Así ha sido regla general, fundamentada en algunos preceptos del Código civil, que el uso de la vivienda familiar se atribuyera a los hijos y a aquel de los progenitores en cuya compañía quedasen. Sin embargo este planteamiento ha dejado de ser inexorable, en primer lugar por la progresiva generalización (primero en las leyes, antes que en la realidad social) de la custodia compartida. Y además, por el principio que sustenta la Sentencia que comentamos y que puede expresarse a modo de pregunta: la protección que el legislador pretende dispensar a los hijos menores, ¿está igualmente asegurada cuando la vivienda cuyo uso se atribuye no es *actualmente* el domicilio familiar? La Sentencia se adscribe, con otras, a

la corriente que es favorable a entenderlo así, siempre que concurren ciertas circunstancias que permitan concluir que el interés del menor queda salvaguardado a pesar de que deba mudarse del domicilio que ocupa.

Aunque, como bien jurídico, la vivienda familiar puede ser objeto de múltiples normas en este momento nos interesa en particular cómo se materializa la protección de los hijos mediante la atribución del uso del domicilio que habitan. Pero siempre ha de tenerse presente que (como ya se dijo en la lejana [STS de 31 diciembre 1994](#) (RJ 1994, 10330) *cfr.* F.º D.º segundo) «la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía». Quede apenas apuntada aquí la cuestión (analizada por valiosa doctrina científica) de la naturaleza jurídica de tal derecho de uso, y su relación (en términos de oponibilidad-inoponibilidad) con los de terceros, que puede sintetizarse en aquel principio: *la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente* ( *cfr.* [STS 14 enero 2010](#) (RJ 2010, 2323), [STS 6 marzo 2015](#) (RJ 2015, 1104).

## 2. LA VIVIENDA FAMILIAR COMO CONCEPTO JURÍDICAMENTE RELEVANTE

Aunque no es infrecuente que los términos «domicilio o vivienda familiar» aparezcan como sinónimos (lo que también sucede, aunque más limitadamente, con la noción de «residencia») en realidad ello ha de ser así cuando se utiliza la expresión domicilio en términos inespecíficos, o al menos cuando se adopta en su acepción más amplia. Pues, en sentido propio, el concepto de domicilio se utiliza de manera instrumental «para responder a la necesidad de fijar un lugar en el que debe tenerse en cuenta la existencia de la persona a distintos efectos» [ *cfr.* PARRA LUCÁN, M.ª Á., en *Curso de Derecho civil*, vol. I, DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), 4ª ed., Madrid, 2011, p. 365]. Vivienda familiar es aquella en la que el grupo familiar, o la pareja sin hijos, tiene instalada su *residencia conjunta, permanente y habitual* ( *cfr.* MORALES IMBERNÓN, N., «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *Revista Xuridica Galega*, 33/2001, p. 92). Aunque —como decimos— no pueda establecerse una absoluta equivalencia entre domicilio familiar y vivienda familiar, esa equiparación se posibilita en tanta medida como no hay un único concepto de domicilio (sino que cabe distinguir el *voluntario*, de las diferentes posibilidades para establecer los domicilios *legales* ): un supuesto particular ( *cfr.* art. 70 CC) es el domicilio conyugal que, «se corresponde con la *vivienda familiar* de los arts. 90.C, 91, 96 y 103.2 CC» ( *cfr.* PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 373).

El origen etimológico de la palabra «domicilio» rememora no solamente el concepto básico de casa (*domus*), sino una idea de *cultivo* o habitualidad al ocuparla que cualifica respecto de uno o más individuos lo que objetivamente no deja de ser más que una mera construcción habitable (como tantas y tan versátiles hay). Esa singularidad, fruto de una elección libre en mayor o menor medida, hace que el domicilio sea un bien especialmente valioso que, en consecuencia, está especialmente protegido en el ordenamiento jurídico (en sus diferentes sectores, civil, penal, constitucional, *etc.* ). Pues entre nosotros se asocia constitucionalmente con determinadas manifestaciones de los derechos fundamentales de las personas ( *cfr.* art. 18.2 CE; aunque, a estos efectos, el concepto de domicilio es distinto del concepto civil de domicilio *ex art.* 40 CC: *cfr.* MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario art. 40 CC», en *Comentarios al Código civil*, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 622, que cita la STC 10/2002, de 17 enero). A pesar de ser un término jurídico de importantes consecuencias (basta considerar — *cfr.* art. 40 CC — que el domicilio tiene carácter determinante del *ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles* ), el concepto de domicilio aún no se ha formulado positivamente por la ley más que de manera ocasional, y carece de una definición general en el Código civil.

Especialmente en el ámbito del Derecho de familia, y aún en los Derechos inmobiliarios, la noción de «vivienda familiar» goza de cierta actualidad al hilo de algunas sentencias del TS particularmente notorias. De tal manera que (concretando al ámbito que nos interesa ahora) hay meritorios trabajos en la doctrina científica más reciente (aunque suelen insistir, más que en el concepto, en la atribución del uso), *v. gr.* (además de la que se irá citando), HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Los esperados cambios en el uso de la vivienda familiar», *Estudios de derecho civil en homenaje*

al profesor José González García, JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1233-1258; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Notas sobre adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria (A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Supremo)», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García, cit.*, pp. 1279-1286; GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus SA, Madrid, 2013; CORDERO CUTILLAS, I., «Casuística ante la decisión sobre la vivienda familiar tras la separación o divorcio. Supuestos que suelen presentarse en la práctica procesal», *La Ley*, 2570/2014; CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, 2/2014, pp. 9-39; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)», *La Ley*, 8299/2014); DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia» *Rev. boliv. de derecho*, 17/2014, pp. 148-169; FLORES RODRÍGUEZ, J., «Divorcio, atribución del uso de la vivienda y gastos de comunidad», *AC*, 12/2014; LÓPEZ JARA, M., «La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código Civil por el de otra distinta», *La Ley Derecho de Familia*, 6/2015, pp. 129-140; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., «Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores», *La Ley Derecho de Familia*, 6/2015, pp. 117-128; PANIZA FULLANA, A., «Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 10/2015, pp. 79-91; UREÑA CARAZO, B., «Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)», *La Ley Derecho de Familia*, 6/2015, pp. 7-24, TAMAYO CARMONA, J. A., «El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro» *Rev. boliv. de derecho*, 19/2015, pp. 264-291.

Correlativamente del domicilio, la vivienda familiar es trascendente en el ámbito del Derecho privado, «Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90.B), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario» ( *cf.* [STS de 31 diciembre 1994, F.º D.º segundo](#) (RJ 1994, 10330). Y esa protección es de tal importancia que llega a poner en entredicho algunos principios jurídico-privados característicos (como cuando se admite que determinados derechos de uso pugnen con las titularidades dominicales de la vivienda a que se refieren). Como categoría, la vivienda familiar presupone la concurrencia de elementos fácticos e intencionales (una voluntad expresa, o implícita ( *cf.* DE LA PUENTE DE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», *RCDI*, 698/2006, pp. 2360-2361).

La vivienda de la familia, el hogar familiar (o *domicilio familiar* en sentido lato) es una expresión o concepto jurídico (no meramente descriptivo) que identifica la *sede jurídica* de la familia. Los requisitos que suele referir la jurisprudencia para identificar la vivienda familiar son dos: «la habitabilidad de la edificación y el carácter habitual de la ocupación» ( *cf.* DÍAZ MARTÍNEZ, A., comentario art. 96 CC, en *Comentarios al Código civil*, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1001). No toda vivienda responde a la noción de *familiar*, aunque pertenezca a la misma familia, ni siquiera aunque constituya su sede efectiva: « una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación» ( *cf.* [STS de 17 junio 2013](#) (RJ 2013, 4375) F.º D.º primero; se refiere a esta [Sentencia la de 18 mayo 2015](#) (RJ 2015, 1919) *cf.* F.º D.º segundo).

Los tribunales alguna vez ofrecen una definición o conceptualización de la vivienda familiar, como en la [STS de 31 mayo 2012](#) (RJ 2012, 6550): «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. Cuando se trata de una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar» ( *cfr.* F.º D.º tercero).

### 3. EL INTERÉS DEL MENOR

El interés superior de los menores constituye un principio inspirador del ordenamiento jurídico, con carácter general, como puede deducirse del art. 39 CE, o del art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (que ha sido afectado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Según el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, las modificaciones introducidas en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor pretenden desarrollar y reforzar el derecho (que constituye un concepto jurídico indeterminado) del menor a que su interés superior sea prioritario, incorporando la jurisprudencia interpretadora del Tribunal Supremo, y algunos principios de instituciones supranacionales. El concepto de interés superior puede definirse, añade el citado Preámbulo, en un triple sentido: como concepto sustantivo, como criterio de interpretación, y como norma de procedimiento. Por una parte, es un derecho sustantivo: el menor tiene derecho a que, «cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral».

El interés superior de los menores tiene vertientes o aplicaciones específicas, como sucede en cuanto a la atribución del uso de la vivienda tras la ruptura familiar: el principio que aparece protegido es el propio interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad. Y entre los *alimentos* (como concepto jurídico amplio, que no se limita a la función de proveer materialmente de sustento) se encuentra la habitación ( *cfr.* art. 142 CC). En tal sentido, ténganse en cuenta las [STS de 1 abril 2011](#) (RJ 2011, 3139), [STS 14 abril 2011](#) (RJ 2011, 3590), [STS de 21 junio 2011](#) (RJ 2011, 7325), [STS de 5 noviembre 2012](#) (RJ 2012, 10135). La [STS 30 septiembre 2011](#) (RJ 2011, 7387) establece (en su segundo F.º D.º): «El principio protegido en esta disposición (*se refiere al art. 96 CC*) es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20 CCCat y art. 81.2 CDF Aragón). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios. El art. 96.1 CC no permite imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en dicho artículo no es la propiedad de los bienes que constituyen la vivienda, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez». Concuerdan con esta Sentencia las [STS de 28 noviembre 2014](#) (RJ 2014, 6048) ( *cfr.* F.º D.º segundo), [STS 28 noviembre 2014](#) (RJ 2014, 6048) ( *cfr.* F.º D.º segundo), o de [18 mayo 2015](#) (RJ 2015, 1919) ( *cfr.* F.º D.º segundo).

Es reseñable que la [STS de 16 junio 2014](#) (RJ 2014, 3073), al interpretar el art. 96 CC, identifica el interés del menor con una vivienda *segura* : «La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura al menor y esto no se produce en la situación actual que disfruta el padre. Ello perjudicaría al menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda, sin perjuicio de que la medida pueda verse alterada en razón a circunstancias posteriores» ( *cfr.* F.º

D.º segundo). Ténganse en cuenta igualmente, en cuanto concretan la preeminencia del interés del menor en la atribución del uso de la vivienda familiar, las [STS de 21 mayo 2012](#) (RJ 2012, 6532), [STS de 13 julio 2012](#) (RJ 2012, 8358), o [STS de 29 mayo 2014](#) (RJ 2014, 3889).

Como se ha podido ver, el interés de los hijos menores inspira positivamente lo previsto en el art. 96.1 CC. Lo que, al tiempo, significa que no hay otros intereses preferentes a los de los hijos, aunque tampoco quepa excluir su consideración de alguna otra manera (así veremos cómo en algunos Derechos territoriales de nueva factura, se indica expresamente que —en su lugar de importancia— deben tenerse en cuenta las titularidades dominicales a la hora de asignar el uso de la vivienda): no puede ampararse en el art. 96 CC una suerte de expropiación del propietario de la vivienda controvertida ( *cfr.* [STS de 17 junio 2013](#) (RJ 2013, 4375) F.º D.º primero). En particular, a pesar de la protección (que arranca de un reconocimiento constitucional) del derecho de propiedad, el interés que se protege por la regla primera del art. 96 CC no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja ( *cfr.*, *v. gr.*, [STS de 17 octubre 2013](#) (RJ 2013, 7255) F.º D.º primero, [STS de 16 junio 2014](#) (RJ 2014, 3073) F.º D.º segundo, [STS 28 noviembre 2014](#) (RJ 2014, 6048) F.º D.º segundo).

#### 4. ATRIBUCIÓN DEL USO DE VIVIENDA EN LOS ORDENAMIENTOS TERRITORIALES: CATALUÑA, ARAGÓN, VALENCIA, PAÍS VASCO

Algunos Derechos autonómicos, como el catalán, el aragonés, el valenciano, y el vasco, tienen sus propias disposiciones en cuanto a la atribución de la vivienda familiar tras la ruptura, que no se limitan a establecer una mera simetría con lo dispuesto en el artículo 96 CC. Por lo que —en algunas ocasiones— las Sentencias del TS que aplican aquel precepto común, también se refieren a aquellos otros Derechos ( *cfr.* [STS 30 septiembre 2011](#) (RJ 2011, 7387) segundo F.º D.º; [STS de 24 octubre 2014](#) (RJ 2014, 5180) F.º D.º tercero).

En Cataluña, ha de tenerse en cuenta su Código civil (Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). Cuando los acuerdos de la pareja resulten insuficientes, o no sean aprobados por el juez, este atribuirá el uso temporal de la vivienda familiar —por regla general— al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos [ *cfr.* art. 233-20.2 y art. 234-8.2 a) CCCat.]; sin perjuicio de que, en ciertos casos, se atribuya temporalmente el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado [ *cfr.* art. 233-20.3 y art. 234-8.2 b) CCCat.]. Ténganse en cuenta las previsiones del CCCat., para «Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial», en art. 233-1 («Medidas provisionales»), 233-2 («Medidas definitivas propuestas por convenio regulador») en cuanto a la vivienda familiar; así como las prescripciones equivalentes para la convivencia no matrimonial, en art. 234-5 («Pactos en previsión del cese de la convivencia») y art. 234-6 («Acuerdos conseguidos después del cese de la convivencia»).

El CCCat. distingue entre la *atribución* y la *distribución* (cuando la pareja hace un *uso alternativo del domicilio familiar*), tanto cuando se trata de una pareja matrimonial ( *cfr.* art. 233-20 CCCat.), como no matrimonial ( *cfr.* art. 234-8 CCCat.). Pero, además, resulta especialmente interesante (en el ámbito que estamos desarrollando, en el comentario de la STS de 16 enero 2015) la posibilidad contemplada en el Código civil catalán de que se sustituya la vivienda familiar por otras *idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del progenitor y los hijos* ( *cfr.* 233-20.6 CCCat., para las situaciones matrimoniales: «La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos»; *cfr.* 234-8.4 CCCat., cuando no haya matrimonio: «Se aplica a la atribución o distribución del uso de la vivienda lo establecido por el artículo 233-20.6»).

También hay importantes menciones en el Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) a la atribución del uso de la vivienda. El art. 77 CDFa, se refiere al «pacto de relaciones familiares», que «deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar: c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar» ( *cfr.* art. 77.2 CDFa). Por otra parte, el régimen de guarda respecto de los hijos resulta

especialmente relevante: en caso de custodia individual esta misma determina, por regla general, cuál será el progenitor usuario ( *cfr.* art. 81.2 CDFA); mientras si la guarda es compartida, el uso de la vivienda bien *se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda* , o bien lo decidirá *el Juez en función del mejor interés para las relaciones familiares* ( *cfr.* art. 81.1 CDFA). Con todo, lo más llamativo de las previsiones del Derecho aragonés en este ámbito, se refiere a las extraordinarias facultades del juez, que pueden llegar hasta permitirle que ordene la venta forzosa de la vivienda familiar: «Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares» (art. 81.4 CDFA).

En el Derecho valenciano, ha de contarse con lo que dispone la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad, *de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven* ( *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)», *La Ley*, 8299/2014). El art. 6 («Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar») establece las reglas generales: «1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores». Sin embargo, en el análisis de la cuestión referida en la STS que comentamos (aunque, en realidad no se menciona allí esta especialidad territorial), debe prestarse atención a lo que especifica el art. 6.2 de aquella Ley pues se trata de un supuesto de hecho muy parecido al que se atiende en la Sentencia: «Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, *aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar*. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso».

Resulta muy novedosa, por su carácter muy reciente y por el objeto de sus previsiones, la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*. En lo que ahora interesa, en lo que se ciñe al comentario que estamos realizando, en el contexto normativo de atribución del uso de la vivienda familiar llaman la atención preceptos como el art. 5.2 (contenido del convenio regulador) que, entre otros extremos, dice que debe fijarse *la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar* , [ *cfr.* art. 5.2.b)], *así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo* [ *cfr.* art. 5.2.c)]. Pero si aquí se contiene una alusión indirecta a la posibilidad de que existan varios domicilios que hayan tenido la consideración de vivienda familiar, más rotunda es la previsión expresa que se contiene el art. 12 («Atribución del uso de la vivienda y del ajuar doméstico»). En este precepto se enuncian un conjunto de posibilidades, por su propio orden de preferencia. En primer lugar, como regla general, en defecto de acuerdo aprobado judicialmente, el uso de la vivienda familiar y el del ajuar se atribuirá en atención a *lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja, y a la titularidad de la vivienda* ( *cfr.* art. 12.1). Dejando a salvo esta prescripción general, las reglas siguientes pasan a considerar las diversas posibilidades de guarda de los hijos: el uso de la vivienda familiar *se atribuirá de manera preferente al progenitor a quien corresponda la guarda* ( *cfr.* art. 12.2); lo que no impide la atribución a quien no tenga la guarda, pero *objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, siempre que el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los menores* ( *cfr.* art. 12.3); en caso de custodia compartida, *si el uso de la vivienda no se atribuye por períodos alternos, podrá concederse al progenitor que objetivamente tenga más dificultades para acceder a una vivienda* ( *cfr.* art. 12.4). Pero sobre todo resulta explícito de la posibilidad que se reconoce al juez, para poder modificar la atribución del

domicilio familiar por otro (lo que rememora perfectamente el supuesto examinado en la Sentencia que comentamos), el apartado sexto del art. 12: «El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado».

En suma, las especialidades normativas expuestas en este apartado permiten abundar en la idea de que (como resulta de la STS de 15 enero 2015, y de otras más) no debe provocar especial rechazo la posibilidad de que, a falta de acuerdo, los jueces determinen una sustitución de la vivienda familiar cuyo uso se hubiera atribuido inicialmente.

## 5. INTERÉS DE LOS HIJOS Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS PADRES

Como ya ha podido verse, el art. 96 CC (a propósito de los *efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, que regula el Código civil) contiene algunas prescripciones relativas la vivienda familiar. Entre los diversos supuestos de hecho allí contemplados (además de alguno referido directamente a la disposición de la vivienda y los bienes de uso ordinario), se distinguen las alternativas de que se trate de ruptura de una pareja que tenga, o no, hijos en potestad: «*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 ».*

Aunque, efectivamente, cabe atribuir determinado reconocimiento a la autonomía de la voluntad de los progenitores, su eficacia queda supeditada una vez más al interés de los hijos. Por ello no debe provocar extrañeza que preceptos como el art. 96 CC, formulados para un ámbito de aplicación a las relaciones surgidas del matrimonio, y su crisis, se invoquen cuando se trata de garantizar los derechos de los hijos en situaciones no matrimoniales [ *cfr.* [STS de 1 abril 2011](#) (RJ 2011, 313)]. Es decir, este artículo se aplica igualmente a situaciones no matrimoniales, a las parejas de hecho con hijos: «La aplicación del art. 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, 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. Cuando se trata de una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial» [STS de 31 mayo 2012](#) (RJ 2012, 6550), F.º D.º tercero. También la [STS de 26 abril 2012](#) (RJ 2012, 6102) hace una reiteración de la doctrina continuada, detallando que los principios que resultan del art. 96 CC se aplican igualmente a hijos de pareja no casada.

Por otra parte (a pesar de que literalmente alude «*a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*», es decir hijos en potestad) no solamente ha de referirse el art. 96.1 CC a los menores de edad, sino también a los incapacitados [en realidad, no se distingue, entre menores e incapacitados, *cfr.* [STS de 30 mayo 2012](#) (RJ 2012, 6547) F.º D.º quinto] pues, a estos efectos, se equiparan. «En la STS, nº 325/2012, de 30 de mayo de 2012, citada por la parte recurrente, se sienta como doctrina que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores por ser también su interés el más necesitado de protección». Más recientemente el Tribunal Supremo establece como doctrina jurisprudencial la siguiente: «la situación de discapacidad no determina por sí misma la extinción o 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. Se apoya para ello también en la legislación citada en la Sentencia de 30 de mayo de 2012, apreciándose que en ambas late, como doctrina jurisprudencial, la equiparación de los hijos mayores de edad discapacitados con los menores» [[STS 10 octubre 2014](#) (RJ 2014, 4878) F.º D.º séptimo].



Adviértase, además, cómo las consecuencias jurídicas previstas en el art. 96 CC están subordinadas a la posibilidad de que los miembros de la pareja hayan llegado a un acuerdo sobre el uso de la vivienda, que el juez pueda aprobar en cuanto no vulnere los intereses de las partes y, en particular, de los hijos menores si los hubiera (sin descuidar la protección del cónyuge más necesitado, *cfr.* HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *loc. cit.*, pp. 1253-1255). La regla de atribución de la vivienda a los hijos y al progenitor que tenga su guarda, tiene carácter necesario: a falta de acuerdo de la pareja, el art. 96 CC establece un criterio de atribución automática del uso de la vivienda [ *cfr.* [STS de 11 noviembre 2013](#) (RJ 2013, 7262) F.º D.º tercero]. Lo que en nuestra opinión dificulta sobremanera la posibilidad de que, a falta de acuerdo entre los progenitores, sea el propio juez quien determine (desde el principio de la regulación de los efectos jurídicos de la ruptura de pareja) atribuir el uso de una vivienda que no sea la que inmediatamente ha tenido el carácter de *familiar* . Tal vez en el puro plano teórico tales dificultades podrían vencerse invocando el principio de interés del menor, sin embargo el futuro de una decisión judicial semejante resultaría bastante aventurado. Tal como viene a considerarse, *v. gr.* , en la [STS 30 septiembre 2011](#) (RJ 2011, 7387): «La sentencia recurrida altera el sistema legalmente establecido en referencia al uso de la vivienda familiar, tal como aparece en el art. 96.1 CC. En efecto, dispone que los hijos pasen a ocupar una vivienda en alquiler, pagado por el padre tal y como se ha resumido en el FJ 1.º de esta misma sentencia. Ciertamente, es una solución imaginativa que podría haberse aplicado si los progenitores hubiesen estado de acuerdo y ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad que preside el Art. 96.1 LEC. Pero cuando el divorcio se tramita como contencioso y el juez actúa de acuerdo con lo establecido en el Art. 91 CC, no es adecuada la interpretación de la norma en la forma propuesta en la sentencia recurrida, porque los jueces están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), que obliga a decidir en interés del menor. Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el art. 96.1 CC». «Una solución distinta a la establecida en el art. 96.1 CC, es decir, la atribución de un inmueble diferente, es posible si ambos progenitores lo acuerdan o, incluso sin pacto, se dan circunstancias que lo aconsejen. Pero este supuesto no ocurre aquí, y la adopción de la solución propuesta en la sentencia recurrida implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor» (F.º D.º Segundo). En la reciente [STS de 18 mayo 2015](#) (RJ 2015, 1919) se reitera el principio de que no es posible una interpretación correctora de lo dispuesto en el art. 96 CC ( *cfr.* F.º D.º segundo).

La hipótesis que principalmente hemos venido contemplando, para que el análisis sea lo más próximo a la Sentencia que comentamos, es la atribución de una custodia exclusiva (que en el caso corresponde a la madre con quien el hijo menor ocupa la vivienda litigiosa). Pero fuera de este supuesto, cabría la posibilidad cada vez más frecuente (pues existe en nuestro país un intenso debate social, que jurídicamente ha tratado de recogerse en el *Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio* , julio, 2013 —de curso tan incierto—), de que la guarda del hijo fuera alterna, que se hubiera atribuido una custodia compartida. Los supuestos de hecho contenidos en el art. 96 no contemplan expresamente tal posibilidad, sin embargo no parece que haya inconveniente para aplicar analógicamente la misma solución prevista en el segundo párrafo del art. 96 [en tal sentido, *cfr.* [STS de 24 octubre 2014](#) (RJ 2014, 5180), F.º D.º tercero]: « *Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente* ». Es decir los jueces dispondrán de cierto margen de criterio para proceder en el caso concreto, disponiendo la atribución en exclusiva del domicilio familiar a cualquiera de los progenitores, o que se alternen tal vez ambos en su uso (permaneciendo en él los hijos en todo caso), y sin perjuicio de la posibilidad de prever —en las variadas situaciones que pueden darse— algún tipo de compensación económica entre ellos ( *cfr.* CUENA CASAS, M. «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *cit.*, p. 29).

## 6. VIVIENDA ALTERNATIVA AL DOMICILIO FAMILIAR ACTUAL

Los apartados anteriores, que hemos ido examinando, actúan a modo de lista de comprobación de

las circunstancias que deben darse para poder plantear el que ahora examinamos. De otro modo, resultaría improcedente proponer una sustitución de la vivienda cuyo uso se haya atribuido a los hijos menores, o tendría una respuesta negativa. Toda vez que puede asumirse como regla general: «debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar» [ *cfr.* [STS de 9 mayo 2012](#) (RJ 2012, 5137) F.º D.º cuarto].

En consecuencia con las dificultades ya expuestas para que el primer domicilio cuyo uso se atribuye por el juez (sin acuerdo entre progenitores) no sea el que haya tenido carácter familiar, habrá que reservar tal posibilidad para elecciones posteriores en que se cambie el domicilio asignando otro distinto, para cuando proceda una modificación de las medidas acordadas previamente. Lo que, a su vez, presupone que se haya producido una alteración sustancial (objetiva, o subjetiva) de las circunstancias que precedentemente se habían tenido en cuenta ( *cfr.* art. 90, 91, 100 CC, arts. 774.3 y 775 LEC).

La Sentencia que comentamos, aunque resulta significativa por admitir la sustitución de la vivienda familiar (en tal sentido, podría decirse que integra una corriente *flexibilizadora* ), en realidad tenía ya algunos precedentes que constituían una jurisprudencia apreciable. Así la [STS 10 de octubre 2011](#) (RJ 2011, 6839), que tiene un interés añadido al fundar la *ratio decidendi* — también— en la posibilidad contemplada en algunos Derechos territoriales de sustituir —por otra idónea— la vivienda familiar original: «... El artículo 96.1, dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011, presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, precisamente como titular de la obligación que le impone el artículo 154.2.1. Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233-20 CCCat., que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés» (F.º D.º segundo). Lo que concuerda con la [STS de 17 junio 2013](#) (RJ 2013, 4375), de que puede extraerse la conclusión siguiente. Aunque normalmente se relaciona lo dispuesto en el art. 96 CC con la protección del interés de los hijos, no resulta exclusivamente garantizado manteniéndolos en el mismo domicilio que ocupaba la familia antes de la ruptura (sin perjuicio de la posibilidad de que los hijos tengan satisfechas su necesidad de vivienda, sin precisar el uso de la que fuera vivienda familiar). Sino que puede suceder (tal como se contempla en algunos Derechos territoriales, que hemos examinado antes) que tal interés del menor quede asegurado a pesar de que se establezca la convivencia (con el progenitor correspondiente) en un domicilio distinto: «Lo que pretende, por tanto, el artículo 96 del CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones. Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras

residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (SSTS 10 de octubre 2011; 5 de noviembre de 2012)» (F.º D.º primero). Reitera tal doctrina la [STS de 18 mayo 2015](#) (RJ 2015, 1919) ( cfr. F.º D.º segundo).

Que la atribución del uso de la vivienda que se utiliza actualmente no es inexorable, puede comprobarse en el propio sentido del art. 96 CC: si los progenitores hubieran acordado al regular su ruptura, que el hijo y el progenitor que tenga su guarda ocupen una vivienda que nunca ha merecido la consideración de domicilio familiar, y el juez no hallara inconveniente para aprobarlo así, no habría ninguna dificultad en admitir que se prescindiera del domicilio familiar. Con el mismo presupuesto de que no haya objeciones por parte del juez, en el curso posterior de la ruptura familiar, podría modificarse la asignación del domicilio que ocupan los hijos menores en virtud de un acuerdo entre sus padres. Luego tampoco debe causar demasiada extrañeza la posibilidad de que, faltando tal consenso, sea el juez el que provea a la solicitud de modificación interesada por uno de los progenitores, siempre que ello convenga al interés de los menores.

## 7. PLANTEAMIENTO ARGUMENTAL DE LA SENTENCIA DEL TS DE 16 ENERO 2015

La Sentencia que comentamos no se aparta de los presupuestos que hemos expuesto, y que permiten abundar en su doctrina. Establece un discurso argumental que propicia la conclusión que, a su vez, resuelve el recurso, desestimándolo. Podríamos decir que se trata de un proceso muy metódico, y *prudente* en la medida en que cada una de sus secuencias (al menos cuatro) se avala con una abundante cita jurisprudencial. El primer paso en el desarrollo del argumento, es verdaderamente importante pues busca legitimar la aplicación de preceptos matrimoniales, o relativos a los efectos del matrimonio, a situaciones que quedan al margen. Puede concluirse (con STS como 16 diciembre 1996, 10 marzo 1998, 7 julio 2004, 1 abril 2011, que expresamente se citan) que lo dispuesto sobre la vivienda familiar en el art. 96 CC —relativo al matrimonio y sus crisis— se proyecta también al ámbito de las relaciones estables no matrimoniales. Ya hemos visto en apartados anteriores que, tampoco aquí, la Sentencia no dice nada ajeno a otros precedentes jurisprudenciales.

Una vez explicada la aplicación de normas matrimoniales, el siguiente paso toma en cuenta — además del art. 96 CC— el art. 90 CC, los preceptos del Código que prevén que las medidas acordadas por la pareja o decididas por el juez pueden modificarse cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias. En esta secuencia se recurre a la cita de las STS de 23 diciembre 1998, 29 marzo 2001 ( *esta parece una referencia errónea* ), 1 abril 2011 (abundantemente referida), 14 abril 2011, 30 septiembre 2011, 9 mayo 2012.

En tercer lugar (podría preguntarse el ponente, aunque no lo haga de manera explícita), ¿es posible aplicar la doctrina sobre modificación de los efectos y medidas a la vivienda determinada como domicilio familiar, teniendo en cuenta que se trata de un bien jurídico especialmente protegido? No se descarta tal consecuencia, y de nuevo se busca su refrendo de otras STS, como la de 1 abril 2011 y 21 abril 2012.

El proceso argumental concluye con una suerte de cautela: ¿se contraría o vulnera el interés del menor —implicado en el asunto litigioso, cuyo recurso se resuelve— cuando se sustituya el uso de la *vivienda familiar* por el de otro domicilio? Aquí la jurisprudencia (STS de 5 noviembre 2012, 16 junio 2014, y 29 de marzo 2011) en que se insiste conduce a relativizar aquel concepto, a la conclusión de que el simple uso no permite calificar la *vivienda* como *familiar*. A partir de ahí, los inconvenientes para la sustitución de la vivienda que se viene ocupando se allanan: siempre que reúna condiciones adecuadas, no debe entenderse que el simple cambio de una por otra resulte contrario al interés del hijo. A mayor abundamiento, si el interés del menor estuviera garantizado a pesar del cambio de domicilio, no hay motivo para privar de su propiedad (consumando una forma de expropiación: STS de 29 de marzo 2011, y 5 noviembre 2012) a quien fuera dueño de la vivienda que se usa en concepto de vivienda familiar.

En conclusión, pueden extraerse de la Sentencia la siguiente doctrina. Para valorar la oportunidad

de cambio de la vivienda familiar (por otra distinta) cuyo uso se haya atribuido tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, el interés prevalente que debe tenerse en cuenta es el interés del hijo menor. Este tiene derecho a una vivienda adecuada que se identifica, aunque no de manera excluyente, con el que era domicilio familiar antes de la ruptura, pues esa situación constituía la normalidad en que se venía satisfaciendo aquel derecho. Sin embargo este parámetro objetivo no impide que pueda proporcionarse al hijo otra vivienda alternativa, siempre que no se perjudique el interés del menor, más cuando lo contrario podría amparar una expropiación del dueño de la vivienda que actualmente se utiliza por aquél.

---

## FOOTNOTES

---

Trabajo realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación «Análisis de las fronteras de la autonomía privada en el Derecho civil» (DER2014-52252-P), Dra. PARRA LUCÁN ( *IP* ).