



Trabajo Fin de Máster

**LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA
VIVIENDA FAMILIAR EN LAS
CRISIS MATRIMONIALES**

**MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A
LA PROFESIÓN DE ABOGADO**

FACULTAD DE DERECHO

Autora: Laura de Diego Babarro

Tutora: María Victoria Jiménez Martínez

Enero 2018

ÍNDICE

RESUMEN	3
ABSTRACT	3
PALABRAS CLAVE.....	3
KEY WORDS	3
I. INTRODUCCIÓN	4
II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR	7
III. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL	21
1. Criterio general.....	21
2. Ausencia de hijos.....	23
3. Existencia de hijos	30
3.1 Custodia exclusiva	32
3.2 Custodia compartida	35
3.3 Custodia repartida.....	40
3.4 Existencia de hijos mayores de edad	44
4. El carácter temporal de la atribución.....	49
4.1 Limitación temporal de la atribución en caso de ausencia de hijos	51
4.2 Limitación temporal de la atribución en caso de concurrencia de hijos.....	62
5. Vivienda perteneciente a terceros.....	67
5.1 Vivienda arrendada	67
5.2 Vivienda perteneciente a los padres de alguno de los cónyuges	69
6. Atribución conjunta con división de la vivienda	71
7. La posibilidad de venta de la vivienda.....	74
CONCLUSIONES	77
BIBLIOGRAFÍA.....	80
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	81

RESUMEN

La atribución del uso de la vivienda familiar es una cuestión de gran importancia en nuestros días debido a la frecuencia con que se decide sobre esta cuestión en los tribunales. Una vez producida la crisis matrimonial, se plantea quién debe quedar en el uso de la vivienda familiar, con independencia de la titularidad del inmueble. Las crisis matrimoniales se producen en casos en los que concurren diferentes circunstancias, por lo que deberá atenderse a la situación de cada familia para la atribución del derecho de uso, tratando de proteger en todo caso a los menores y al interés más necesitado de protección.

ABSTRACT

The attribution of the use of the family home is a subject of great important in our days due to the frequency with which this issue is decided in court. Once the marital crisis has occurred, we must know who should remain in the use of the family home, regardless of the ownership of the house. Marital crisis occurs in cases in which different circumstances concur, so the family's situation must be taken into account for the attribution of the right to use it, trying to protect under age children and the interest most in need of protection.

PALABRAS CLAVE

Vivienda familiar, crisis matrimonial, derecho de uso, hijos menores, interés más necesitado de protección.

KEY WORDS

Family home, marital crisis, right of use, under age children, interest most in need of protection.

I. INTRODUCCIÓN

Con este trabajo se pretende conocer la regulación de la atribución de uso de la vivienda familiar en nuestro país, materia que ha evolucionado significativamente en los últimos años debido al aumento de crisis matrimoniales. A lo largo del trabajo se tratará de conocer la regulación de la materia a través de la legislación y de la doctrina, mientras que se estudia la jurisprudencia para ampliar la materia y llegar a comprender cómo se decide sobre esta cuestión por los tribunales españoles.

La elección del tema se debe a la influencia que considero que tiene esta materia sobre los ciudadanos, al ser una cuestión que afecta de forma directa a la vida de las personas. Se pretende conocer la materia para así completar la información obtenida en el Trabajo Fin de Grado sobre la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores. Estas dos cuestiones, la atribución de la custodia de los hijos menores y la atribución de uso de la vivienda familiar, conforman una importante fuente de trabajo para los abogados de nuestro país, por lo que considero importante su conocimiento en profundidad para alguien que está en proceso de formación encaminado a la abogacía. Se pretende así culminar el Máster de Acceso a la Profesión de Abogado con conocimientos útiles en el ámbito del Derecho Civil para el ejercicio de esta profesión.

El objetivo de este trabajo es conocer los criterios que se tienen en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar tras las crisis matrimoniales, según las diferentes circunstancias que puedan darse en cada caso: si concurren o no hijos, si éstos son o no menores de edad, si existe un régimen de custodia exclusiva o compartida, si la vivienda pertenece a uno de los cónyuges, a ambos o a un tercero, etc. También se estudiará la posibilidad de limitación temporal en la atribución de este derecho de uso.

En cuanto a la metodología seguida, este trabajo se ha realizado a través del estudio de la legislación vigente en España, la doctrina correspondiente a la materia y la jurisprudencia de nuestro país. Se ha comenzado por el estudio de la legislación, en especial del Código Civil, para encuadrar la materia; se ha continuado por el estudio de los manuales para profundizar más en cada cuestión, conocer las diferentes doctrinas existentes en nuestro país y realizar una comparación entre las mismas; y se ha finalizado con el estudio de la jurisprudencia para la ampliación de contenido y la

facilitación de la comprensión a través de ejemplos reales. Esto ha permitido llegar a las conclusiones que se desarrollan a lo largo de este trabajo.

En primer lugar se estudiará el propio concepto de vivienda familiar, pues resulta necesaria su delimitación para luego decidir sobre su atribución. Se analizará la jurisprudencia para así conocer qué es una vivienda familiar, cuáles son los elementos que integran el concepto y qué elementos deben ser excluidos en esta delimitación.

La atribución del uso de la vivienda familiar es una cuestión compleja en nuestro Derecho, pues trata de tener en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso para llegar a la solución que mejor proteja el interés más necesitado de esta protección o, visto de otro modo, que menos intereses lesione. Por este motivo, al ser una materia principalmente casuística, es necesario su estudio en profundidad, tratando de conocer cómo se regula la cuestión en las diferentes circunstancias que pueden darse.

Así, la atribución del uso de la vivienda familiar dependerá en primer lugar de si existen o no hijos en el matrimonio o análoga relación afectiva a la que se está poniendo fin. Habiendo hijos, debe distinguirse si son o no mayores de edad, si tienen o no necesidades especiales, así como otra serie de circunstancias que se irán estudiando a lo largo del trabajo. La razón primordial por la que se atiende en primer lugar a esta cuestión es la necesidad de protección de los hijos menores, que nada pueden hacer para defender sus intereses cuando sus progenitores se encuentran en un procedimiento de separación o divorcio. De esta forma se tratará de atender a sus necesidades, de causarles los menores perjuicios posibles y de permitirles continuar con su desarrollo en un ambiente estable y seguro.

Si existen hijos menores en el matrimonio o análoga relación debe atenderse al régimen de custodia que se establece. Si el régimen es de custodia exclusiva la atribución del uso de la vivienda presentará menos problemas, como después veremos. Sin embargo, si el régimen de custodia que se establece es el de compartida o repartida habrá distintos intereses que atender y la decisión sobre la atribución será compleja.

Por otro lado, se analizará la posibilidad de limitación temporal de la atribución de uso. Se estudiarán las diferentes maneras de limitar en el tiempo la atribución, según las circunstancias que se den en cada caso. Ésta resulta, como veremos, la forma más

adecuada de proteger los intereses del cónyuge que no queda en el uso de la vivienda, y se aplica con una frecuencia cada vez mayor.

A continuación, se tratará de conocer qué ocurre cuando la vivienda pertenece a un tercero en lugar de ser propiedad de los cónyuges, por ejemplo, cuando la vivienda es arrendada o se ha prestado a la familia para su uso.

Por último se estudiarán otras dos posibilidades: la de división de la vivienda y la de venta y reparto de los beneficios.

Como se ha expuesto, en todas estas diferentes posibilidades se habrán de tener en cuenta las circunstancias concretas del caso, por lo que se estudiará la materia fundamentalmente a través de la jurisprudencia. Esto nos permitirá conocer cómo se lleva a la práctica la atribución del uso de la vivienda en nuestro país según las diferentes circunstancias que puedan darse en la familia en concreto, tratando de atender a sus necesidades y de causar los menores perjuicios posibles.

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

Toda pareja que comienza una vida en común pasa en primer lugar por el proceso de búsqueda de una vivienda donde desarrollarse como familia. Hoy en día, este paso se da incluso antes del compromiso y de la formalización de la relación a través del matrimonio. Tiene probablemente, por tanto, mayor importancia objetiva en nuestra sociedad que el matrimonio, precisamente por ser ese momento de inicio de convivencia en el que se puede considerar que se crea una familia con intención de que permanezca en el tiempo.

Por todo ello, la vivienda familiar es un importante rasgo común entre todas las familias, y produce una serie de situaciones jurídicas que no podrían estudiarse sin antes definir el concepto de vivienda familiar.

El Código Civil español no ofrece ninguna definición de vivienda familiar, a pesar de aludir en numerosas ocasiones a esta expresión; sin embargo, sí determina el concepto de domicilio en su artículo 40, que dispone que “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Por tanto, el domicilio es el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles¹. Esto nos permite afirmar que el domicilio conyugal es el lugar donde se localiza este ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones civiles de los cónyuges, de forma común.

Debido a esta ausencia de definición expresa, podemos considerar por tanto que la institución de la vivienda familiar es un concepto jurídico indeterminado, y que para su definición habremos de acudir a la jurisprudencia y a la doctrina.

El Tribunal Supremo definió la vivienda familiar en su Sentencia de 31 de diciembre de 1994², en el Fundamento de Derecho segundo, en los siguientes términos: “Bien

¹ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Edit. PPU, Barcelona, 1992, pág. 25.

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994\10330).

familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”. Aunque escueta, esta definición sienta los principios fundamentales del concepto de vivienda familiar.

En primer lugar, debemos destacar el hecho de que es un bien familiar. La vivienda familiar no es un simple inmueble; es el lugar donde reside una familia, donde se desarrolla como tal y donde permanece mientras se pueda considerar una unidad. De esta forma el concepto abarca una entidad amplia, haciendo referencia a un fenómeno social, al mismo centro de la familia como institución.

Además, esta definición alude al hecho de que el concepto de vivienda familiar es independiente de la titularidad de la misma. El hecho de que pertenezca a uno de los cónyuges, a ambos, o incluso a un tercero, no incide de ninguna forma en su consideración de vivienda familiar.

Se puede apreciar en esta definición del Tribunal Supremo una clara espiritualización del concepto de vivienda familiar, que deja de ser solamente un bien que forma parte del patrimonio familiar para representar la idea misma de familia que convive con intención de permanencia en un lugar donde desarrollarse como tal, y donde probablemente tener descendencia.

Esta espiritualización del concepto conlleva que la vivienda familiar se trate de forma especial en nuestro ordenamiento jurídico, atribuyéndole un régimen propio que ha de estudiarse separadamente del resto del patrimonio conyugal.

Otra Sentencia del Tribunal Supremo que define la vivienda familiar es la de 16 de diciembre de 1996³, en su Fundamento de Derecho séptimo, de la siguiente forma: “La vivienda familiar es 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 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1085/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996\9020).

En esta definición observamos la idea de vivienda familiar como lugar de asentamiento. La vivienda cumple esta función necesaria en nuestra sociedad actual de sede familiar, alrededor de la cual se sitúan nuestras tareas cotidianas (dentro de él de forma privada, y en pocos kilómetros alrededor la vida social y laboral).

También introduce la idea de vivienda familiar como lugar donde tener descendencia y educarla de forma estable y duradera.

La Audiencia Provincial de A Coruña definió también el término en su Sentencia de 16 de abril de 2009⁴, en el Fundamento de Derecho segundo: “Por vivienda familiar hay que entender aquella en la que los cónyuges cumplen su deber de convivencia y de atención a los descendientes, y comparten las responsabilidades domésticas”.

Esta definición más simple continúa con la noción de que la vivienda familiar es el lugar donde convive la familia y donde se educan a los posibles hijos. No entra a analizar con detalle la imagen anterior de lugar de descanso y privacidad, pero da una percepción más sencilla de lo que representa en la sociedad y en el ordenamiento jurídico.

Otra definición más reciente es la que aporta el Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de mayo de 2012⁵, Fundamento de Derecho tercero, que indica que la vivienda familiar es “el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia”.

El Profesor Espiau para definir el concepto de vivienda familiar se centra en sus funciones, diferenciando la función que la vivienda tiene frente a terceros de la que tiene entre los cónyuges. De esta forma, frente a terceros desarrolla la función de localización de los cónyuges y de unificación del domicilio de los cónyuges en uno sólo; y entre los cónyuges, la de lugar donde desenvolver la relación jurídica que el matrimonio establece entre ambos⁶.

⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª) número 146/2009, de 16 de abril (JUR 2009\28411).

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 340/2012, de 31 de mayo (RJ 2012\6550).

⁶ ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, págs. 25 y 26.

Siguiendo con esta teoría, el domicilio frente a terceros cumpliría la función de localizar a la familia ante la sociedad y, de esta forma, las personas que integran la familia serían localizables individualmente, así como la familia como conjunto. También cumpliría la función de identificar frente a terceros a la familia como tal, de mostrar a la sociedad la existencia de un vínculo íntimo entre las personas que la componen.

Un ejemplo de esta función de localización familiar lo encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 769, que dispone lo siguiente: “será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo [procesos matrimoniales y de menores] el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal”. Al fijar esta regla de competencia, la Ley de Enjuiciamiento está pensando en la función básica de localización que tiene la vivienda familiar.

En su dimensión interna, es decir, entre los cónyuges y demás familiares, el domicilio cumple con la función de sede de una familia. Es el lugar donde ésta desarrolla sus tareas cotidianas y donde convive. Esta convivencia es el resultado del cumplimiento de las obligaciones y del ejercicio de los derechos existentes entre los cónyuges y entre los progenitores y sus descendientes.

En este sentido dice el Profesor Bercovitz⁷ que “por vivienda familiar hay que entender la vivienda en la que los cónyuges cumplen su obligación de vivir juntos”, pues el artículo 68 del Código Civil dispone que “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y la atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

Todas estas obligaciones que enumera el artículo 68 del Código Civil van encaminadas a que los cónyuges mantengan entre sí una relación de intimidad que tiene como localización lógica el domicilio familiar. Desde el momento en que los cónyuges están obligados a vivir juntos, y por ello a disponer de una vivienda familiar, se pone de manifiesto la voluntad del legislador de que exista entre ellos una relación íntima en un entorno privado donde puedan cumplir el resto de obligaciones conyugales, como son la

⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Edit. Bercal, 2011, pág 110.

de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de descendientes e incluso de ascendientes. Aparece en primer lugar en el artículo 68 la obligación de vivir juntos, de lo que podemos deducir que es ésta la fuente del resto de obligaciones, o la obligación primera que permitirá cumplir las demás.

De la obligación de vivir juntos extrae la definición de domicilio conyugal los Profesores Díez-Picazo y Gullón en los siguientes términos: “Si los cónyuges conviven juntos, como ocurre en las situaciones de normalidad matrimonial, es claro que ambos tienen un único domicilio y que puede hablarse, por ello, de domicilio conyugal como lugar de residencia habitual de las personas de ambos cónyuges”⁸. Esta definición, aunque se limite al domicilio conyugal sin entrar en el concepto más amplio de vivienda familiar, introduce un aspecto importante: el de “residencia habitual”. Según esta definición, lo que caracteriza al domicilio conyugal es que, con independencia de dónde se encuentren los cónyuges en un momento concreto, se trata de esta sede familiar de la que hablábamos antes, es el lugar al que se vuelve siempre que dure la relación conyugal. Por tanto, extendiéndolo al concepto de vivienda familiar, ésta sería la residencia habitual de los miembros de una familia, única para todos ellos, con independencia de su paradero en momentos puntuales.

El artículo 69 del Código Civil contiene la presunción *iuris tantum* de que los cónyuges viven juntos, lo cual no quiere decir que en todo caso tengan la obligación de hacerlo. Esta obligación de vivir juntos no puede ser absoluta pues no es compatible con la libertad individual de cada uno. La realidad social, y con mayor frecuencia en la actualidad, obliga en ocasiones a los cónyuges a residir en lugares diferentes durante períodos de tiempo más o menos extensos, condicionados frecuentemente por requerimientos laborales o por necesidades económicas⁹. La obligación de vivir juntos no puede ser tan absoluta que impida a los cónyuges vivir separados durante algunos períodos, siempre que normalmente sí convivan en el mismo domicilio para poder

⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Edit. Tecnos, 2006, pág. 96.

⁹ PIZARRO MORENO, E. y PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (coord.), *Derecho de Familia*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 55.

cumplir con las funciones básicas del matrimonio¹⁰.

Tanto la obligación de vivir juntos como la presunción de convivencia cesan en el momento de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, como dispone el artículo 102 del Código Civil, por lo que continuarán durante toda la vigencia de la relación conyugal. Esta obligación de vivir juntos no se incumple, según el artículo 105 del Código Civil, cuando uno de los cónyuges sale del domicilio conyugal por causa razonable y en el plazo de treinta días presenta demanda de nulidad, separación o divorcio.

En situaciones de parejas de hecho o de convivencia *more uxorio* no se puede hablar de que exista una obligación legal de vivir juntos, ni una presunción de convivencia en vivienda familiar, pero es una realidad que no puede dejarse de lado, pues igualmente residen en viviendas familiares y si tienen hijos convivirán con ellos en el mismo domicilio.

Como vemos, el régimen jurídico de la vivienda familiar es específico de ella, con independencia de que medie o no matrimonio, o del régimen económico matrimonial que rija, o de la concurrencia de descendencia. La existencia de la vivienda familiar deriva de la existencia de una familia que convive, no de la concreta situación de esta familia, y por ello será protegida jurídicamente en todos los casos¹¹.

Hasta ahora se ha hablado de la obligación de convivir juntos en el domicilio familiar, pero también existe un derecho al respecto: los miembros de una familia tienen también derecho a vivir en la vivienda familiar. Como se adelantaba anteriormente, los progenitores tienen la obligación de permitir que sus hijos vivan hasta cierta edad en su domicilio, y esto tiene la lógica consecuencia de que los menores tienen derecho a residir en la vivienda familiar y podrán hacer valer este derecho de ser necesario. Igualmente, los cónyuges tienen derecho a vivir en la vivienda familiar con una única excepción: los supuestos de violencia de género¹². En este sentido, dispone la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, pág. 94.

¹¹ ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pág. 20.

¹² PIZARRO MORENO, E. y PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (coord.), *op. cit.*, págs. 55 y 56.

Violencia de Género, en su artículo 64.1, que “el Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo”. Se otorga así una protección a las víctimas de violencia de género limitando el derecho del otro cónyuge a residir en el domicilio familiar, limitación necesaria para evitar nuevas situaciones de violencia sobre la mujer y permitiendo a ésta desarrollarse en un entorno seguro.

El espacio que sirve como vivienda familiar ha de cumplir una característica básica: la de la habitabilidad, en el sentido de que debe ser susceptible de ser habitado en condiciones adecuadas. De esta manera, una vivienda familiar no tiene por qué ser un inmueble propiamente dicho y pueden servir como vivienda otros espacios como barcos o caravanas; pero no solares, viviendas ruinosas o locales comerciales por no reunir esta característica de la habitabilidad¹³.

Para definir correctamente la vivienda familiar ha de delimitarse de forma concreta qué propiedades la componen porque, dejando a un lado la espiritualización del concepto, la vivienda familiar es en primer lugar un bien inmueble.

Las viviendas frecuentemente incluyen anexos como garajes, trasteros o jardines. A la hora de la atribución de la vivienda familiar en el proceso de crisis matrimonial, es importante determinar si estos anexos forman o no parte de ella, pues de ello dependerá su propia atribución.

Sobre este aspecto se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona, en la Sentencia de 31 de julio de 1998¹⁴. En este caso lo que se discutía era la posibilidad de concesión separada del uso del garaje respecto de la vivienda familiar. La Audiencia consideró que, al encontrarse registrado todo como una sola unidad, y debido al destino que los litigantes en cuestión le dieron, no podía configurarse el mismo como finca autónoma, susceptible de uso individualizado y separado del de la vivienda familiar. Añade además en el Fundamento de Derecho segundo que “aun cuando hipotéticamente pudiera

¹³ PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Edit. Bosch, 2011, págs. 41 y 42.

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), de 31 de julio de 1998 (AC 1998\6186).

separarse su utilización de la del resto de la casa, jurídicamente sería inviable, ya que la separación matrimonial de los litigantes pugna con el mantenimiento de una servidumbre de uso continuo por parte del esposo, respecto del referido anexo, que implicaría una merma en los derechos de uso exclusivo del domicilio por parte de la esposa”.

El criterio de esta Audiencia Provincia entonces es que un anexo debe considerarse como parte de la vivienda familiar si se encuentra todo ello registrado como una unidad, y que debe atenderse también al uso que la familia en concreto le daba al anexo con anterioridad a la crisis matrimonial. Si de todo ello se desprende que no puede usarse de forma autónoma el anexo formará parte de la vivienda familiar y deberá atribuirse al cónyuge que quede en el uso de la misma.

La Audiencia Provincial de Cádiz utiliza el criterio de la posibilidad de uso independiente para la decisión de atribución de los anexos. En la Sentencia de 8 de febrero de 2005¹⁵, en el Fundamento de Derecho tercero, decide atribuir el uso del trastero de forma independiente de la vivienda familiar, considerando que “en la generalidad de las casas se almacenan en el trastero una serie de cosas cuya existencia, salvo mínimas excepciones y en razón de su valor afectivo, llega a olvidarse”, y de ello deduce que ha de entenderse que los trasteros son susceptibles de atribución separada de la de la vivienda familiar, en especial por la posibilidad de acceso independiente respecto de ésta.

El Auto de 10 de octubre de 2005 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife¹⁶ (Fundamento de Derecho segundo) resuelve también esta cuestión afirmando que la configuración de la finca como unidad y del elemento como anexo impide que este pueda ser considerado como finca autónoma susceptible de uso individualizado respecto de la vivienda familiar y coincide con la Audiencia Provincial de Barcelona en la opinión de que, aunque pudiera separarse su utilización de la del resto de la casa, sería inviable la atribución separada pues “la separación matrimonial de los litigantes

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª) número 18/2005, de 8 de febrero (JUR 2005\145636).

¹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) número 113/2005, de 10 de octubre (JUR 2005\26195).

pugna con el mantenimiento de uso continuo por parte del esposo”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 28 de noviembre de 2006¹⁷ nos muestra en el Fundamento de Derecho segundo un ejemplo de atribución separada de anexo respecto de la vivienda familiar. En este caso el problema residía que el cónyuge que no quedó en el uso de la vivienda familiar había venido destinando el garaje como almacén de los materiales y herramientas propios de su profesión de electricista. La Audiencia considera que independizando el garaje mediante la colocación de un cierre que impida su comunicación con la vivienda puede usarse por el cónyuge al que no se le atribuyó la vivienda, principalmente porque no se aprecia en este caso indicios de que la utilización pueda provocar situaciones de enfrentamiento personal. Resuelve esto la Audiencia pensando en hacer posible que el esposo no tenga que invertir capital en el alquiler o compra de un local y pueda así cumplir de forma adecuada las obligaciones que le impone la propia sentencia como consecuencia de la disolución de la sociedad legal de gananciales.

Otro criterio utilizado por algunas Audiencias es el de la atribución por el uso anterior de los anexos. Así la Audiencia Provincial de León en su Sentencia de 16 de enero de 2008¹⁸ (Fundamento de Derecho segundo) atribuyó el uso de un terreno anejo a la vivienda a las hijas y a la esposa, quienes habían quedado en uso de la vivienda, pues éstas acreditaron usar el terreno como lugar de esparcimiento de las menores y como aparcamiento para los coches familiares. Considera la Audiencia que aunque estos terrenos y edificaciones inmediatos a la vivienda cuenten con posibilidad de acceso directo, “no es menos cierto que por su cercanía a la misma [...] pueden entenderse como un elemento anejo y necesario para el adecuado disfrute de aquélla”. El esposo manifestó su voluntad de utilizar estos terrenos para explotación agrícola, pero la Audiencia estima que, al no haber sido éste el uso que se daba al recinto sino que lo usaban las hijas y la esposa, son ellas las que deben continuar con la posesión de los anexos.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) número 251/2006, de 28 de noviembre (JUR 2007\13961).

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) número 9/2008, de 16 de enero (JUR 2008\99482).

La Audiencia Provincial de Pontevedra, por su parte, consideró en la reciente Sentencia de 3 de mayo de 2016¹⁹ (Fundamento de Derecho segundo) que el artículo 96 del Código Civil se refiere a vivienda “pero no a los anejos, tales como trasteros, zonas de esparcimiento o garajes que no formen parte de forma inseparable de ella, para cuya atribución deberían regir las normas generales de protección de los intereses más necesitados de protección”.

A diferencia de otras Audiencias, la de Pontevedra no tiene en cuenta si los anexos se encuentran o no registrados junto a la vivienda familiar, sino que lo decisivo sería si forman parte inseparable de ella. Se entiende entonces que a lo que se refiere es si son o no susceptibles de uso autónomo o si, por el contrario, sería necesaria la constitución de una servidumbre de paso para su uso. Por tanto, si un garaje tiene entrada independiente de la vivienda, para la Audiencia Provincial de Pontevedra no formaría parte de la vivienda familiar y sería posible atribuirlo de forma separada de la misma.

En conclusión, no existe un criterio unificado entre las Audiencias Provinciales españolas acerca de la pertenencia de los anexos a la vivienda familiar. Fundamentalmente se observan tres criterios: el de la susceptibilidad de aprovechamiento individual, el de la unidad registral y el del uso anterior. En mi opinión, cuando se instala una familia en una vivienda con trastero, garaje, jardines u otros anexos, lo hace con la intención de usarlos como parte de la casa. En otras palabras, el uso de los mismos va ligado al de la vivienda familiar y por ello en general debe considerarse que forman parte de ella. No quiere esto decir que no haya casos en los que sea posible el aprovechamiento independiente de un anexo, porque tenga entrada independiente, y pueda atribuirse al cónyuge que no queda en posesión de la vivienda si era el que lo venía usando, aunque esto podría conducir a nuevos problemas entre los litigantes, lo cual ha de ser tenido en cuenta para evitar posibles pleitos futuros. Por ello, considero que el criterio que más se ajusta a la realidad es el del uso anterior del anexo: si se usaba como parte de la residencia quedará incluido en el concepto de vivienda familiar pero si, por el contrario, no era utilizado por la familia o sólo lo aprovechaba el cónyuge que no queda en uso de la vivienda tras la crisis matrimonial,

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) número 225/2016, de 3 de mayo (JUR 2016\10579).

podría atribuirse a este último siempre que sea susceptible de aprovechamiento independiente y que se prevea que no causará conflictos entre los cónyuges que puedan derivar en nuevos procedimientos.

Otra cuestión que se suscita es si las segundas viviendas o las residencias vacacionales pueden considerarse viviendas familiares y, por ello, pueden ser atribuidas como tales durante el proceso de crisis matrimonial. Partiendo de la base de que la vivienda familiar está protegida por nuestro ordenamiento jurídico con el fin de proteger a la familia y a los hijos en su entorno habitual, su régimen de protección no puede extenderse a otras viviendas²⁰.

Como se analizaba anteriormente, la vivienda familiar es el lugar donde conviven los cónyuges, o parejas asimilables al matrimonio, con intención de permanencia y donde, en su caso, tienen descendencia y se encargan de su cuidado y educación. Las segundas viviendas y residencias vacacionales no son un lugar en el que se conviva con intención de permanencia, sino que son inmuebles que se utilizan para períodos de tiempo normalmente cortos, como lugar de recreo o para otros fines, pero no como residencia habitual. No es por tanto un lugar en el que tener descendencia ni en el que atenderla. Además, no tiene las finalidades que se analizaban antes de localización de una familia (en su dimensión externa) ni de sede de la familia (en su dimensión interna).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de abril de 2004²¹, en el Fundamento de Derecho cuarto, afirma que la vivienda familiar es “aquella a la que el matrimonio y sus hijos, durante su convivencia y hasta la ruptura de la unidad familiar, convierten por voluntad propia en su residencia personal y familiar y sede física de sus actividades sociales y económicas” y que por tanto no puede equipararse en cuanto a su protección al resto de propiedades inmobiliarias de los cónyuges. Añade que la vivienda familiar únicamente puede concebirse desde el presupuesto de la convivencia y que, por tanto, “no puede predicarse respecto del uso y disfrute de una vivienda de mero recreo para la temporada de verano”.

²⁰ UREÑA MARTÍNEZ, M. y CARRASCO PERERA, A. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Edit. Tecnos, 2013, pág. 231.

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) número 134/2004, de 16 de abril (JUR 2004\147048).

La misma corriente sigue la Audiencia Provincial de A Coruña, que concluye en su Sentencia de 16 de abril de 2009²², Fundamento de Derecho segundo, que resulta imposible aplicar las normas de vivienda familiar a otras viviendas de los cónyuges, ya sean de naturaleza ganancial o privativa, pues no cumplen con las funciones de lugar de convivencia, de atención a los descendientes y de lugar donde compartir las responsabilidades domésticas (art. 68 CC) que debe cumplir la vivienda familiar.

La Audiencia Provincial de Cádiz resume con gran acierto esta corriente doctrinal en su Sentencia de 12 de enero de 2017²³, afirmando en su Fundamento de Derecho único que la jurisprudencia “ha reconocido que algún cualificado autor propugna una interpretación amplia de la expresión “vivienda familiar” que emplea el artículo 96 del Código Civil, de modo que comprenda no sólo la que constituye residencia normal de la familia, sino también cualquier otra que se encuentra por cualquier título jurídico a disposición de los miembros del grupo”. En cualquier caso, esta Audiencia Provincial considera que sólo una vivienda puede ser la familiar, y que es aquélla donde venían habitando de forma estable, permanente, y como centro de convivencia íntima los cónyuges con sus hijos hasta la ruptura del vínculo matrimonial.

Como vemos, aunque la doctrina mayoritaria sea la expuesta, existe un sector que no comparte esta visión, afirmando que la familia puede tener varios centros principales de vida con carácter simultáneo o sucesivo. De esta forma y según esta corriente, si una familia se desarrolla en varios lugares diferentes, aunque una de las viviendas se use únicamente durante los fines de semana y vacaciones, también debe considerarse vivienda familiar²⁴.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Málaga en la Sentencia de 15 de junio de 2004²⁵ (Fundamento de Derecho tercero), que considera que el domicilio familiar es el inmueble que se utiliza como sede de la vida familiar, con la específica

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª) número 146/2009, de 16 de abril (JUR 2009\28411).

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) número 37/2017, de 12 de enero (JUR 2017\71161).

²⁴ CARRERAS MARAÑA, J.M., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar”, en *Derecho Inmobiliario: problemática actual. Tomo 1*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 60 y 61.

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) número 492/2004, de 15 de junio (JUR 2004\216455).

finalidad de satisfacer sus necesidades cotidianas de alojamiento. Según esta definición, para la Audiencia “la denominada segunda vivienda sin duda ha de considerarse domicilio familiar pues aun cuando su uso se limite a los fines de semana y tiempo de vacaciones, continúa contemplándose como un bien adscrito al servicio del conjunto familiar”.

Por último, y una vez concretado el concepto de vivienda familiar, debemos estudiar cómo se determina el carácter familiar de la vivienda; es decir, cómo llega a adquirir un inmueble esta serie de características que lo convierten en vivienda familiar.

Establece el artículo 70 del Código Civil que “Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”. Esta norma deriva del establecimiento de la igualdad entre los cónyuges, pero en su redacción originaria el Código Civil disponía en el artículo 58 que “La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia”.

Resulta llamativo que el artículo 70 prevea la decisión judicial para el caso de que exista discrepancia en la fijación del domicilio conyugal, pues no parece posible que una familia que está comenzando a través de la búsqueda de una vivienda, o unos cónyuges que decidan cambiar de domicilio habitual, tengan que acudir a los tribunales para la solución de este conflicto sin pretender poner fin a su vínculo matrimonial. No obstante, parece adecuado que el Código Civil prevea una forma de solucionar los problemas derivados de que uno de los cónyuges pretenda imponerle al otro la designación de un domicilio²⁶. En cualquier caso, si se produjera esta circunstancia de discrepancia en la fijación de domicilio, la autoridad judicial habría de resolverlo atendiendo al interés general de la familia, en la que se incluirían ambos cónyuges y los hijos menores, para tratar de llegar a la solución que más satisfaga a todos ellos en conjunto.

El mencionado artículo 70 no exige ninguna formalidad constitutiva, por lo que el acuerdo al que lleguen los cónyuges puede ser expreso o tácito²⁷. Atendiendo a la realidad social, lo normal sería que no surgiera ninguna discrepancia, y que los cónyuges se establecieran junto con sus descendientes en la vivienda que elijan de

²⁶ LASARTE, C., *Derecho de Familia*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 59.

²⁷ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, pág. 96.

común acuerdo. De esta forma, al no acudir al juez para discutirlo, la conducta de la familia de residir en una vivienda concreta con voluntad de permanencia sería lo que convertiría esta vivienda en vivienda familiar. Por todo ello, con independencia del régimen de propiedad, si los cónyuges abandonaran la vivienda ésta dejaría de ser considerada su vivienda familiar, sin necesidad de comunicación a ninguna autoridad.

Como se ha estudiado con anterioridad, y siguiendo la doctrina mayoritaria, la vivienda habitual sólo puede ser una. Por tanto, no basta con que los cónyuges fijen un domicilio de común acuerdo, sino que debe ser éste el lugar donde pretendan cumplir con las obligaciones inherentes al matrimonio, principalmente la de convivencia, y las propias para la educación y cuidado de los hijos. Desarrolla esta idea el Profesor Espiau en los siguientes términos: “El domicilio conyugal es el lugar de localización de dos personas entre las que existe una relación jurídica, y lo que lo define no es que constituya la sede jurídica de esas personas, como que constituya el lugar de desarrollo de la relación establecida entre ellas”²⁸.

²⁸ ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pág. 47.

III. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL

1. Criterio general

La vivienda familiar es una realidad que va más allá de la existencia de vínculo matrimonial, pues aunque se ponga fin a la relación de pareja la vivienda no deja de existir ni deja de ser protegida, pues continuará cumpliendo con su función de sede de la familia. Aunque la convivencia familiar se vea reducida por el abandono de la residencia de alguno de los progenitores, seguirán siendo familia los que queden viviendo en ella y continuarán cumpliendo en este lugar sus obligaciones familiares. Dice en este sentido el Profesor Espiau que “a través de la regulación contenida en esos artículos [90, 91 y 96 CC] se pone de relieve que dicho régimen trasciende a la existencia misma de la relación conyugal que lo origina: las disposiciones que lo integran se independizan de esa relación y se aplican igualmente una vez disuelta, anulada o suspendida”²⁹.

Una vez producida la crisis matrimonial se han de tomar una serie de medidas entre las que se incluye la atribución del uso de la vivienda familiar. Dispone el artículo 91 del Código Civil que “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará [...] las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas”. Como vemos, las medidas relacionadas con la vivienda familiar aparecen en segundo lugar, sólo precedidas de las medidas paterno-filiales, lo que puede indicarnos el grado de importancia y de protección que tiene la vivienda en los procesos de nulidad, separación y divorcio.

Este artículo también nos indica que el Juez sólo determinará las medidas en el caso de que no exista acuerdo entre los cónyuges o si existe pero no es aprobado judicialmente.

²⁹ ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pág. 184.

El acuerdo será aprobado siempre que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, según lo dispuesto en el artículo 90.2 CC. Por lo tanto, si los cónyuges consiguen llegar a un acuerdo beneficioso para los hijos y que no sea gravemente perjudicial para ninguno de los dos, el Juez no tendrá que entrar a considerar esta cuestión, homologando el acuerdo y atribuyendo así el uso de la vivienda familiar a quien hayan decidido por acuerdo. Se vuelve a ver en este artículo la protección jurídica que se otorga a la vivienda familiar, que no puede atribuirse perjudicando a los hijos ni a ninguno de los cónyuges de forma grave.

También aparece protegida la vivienda familiar en el artículo 103 del Código Civil, dedicado a las medidas provisionales en los procedimientos de crisis matrimonial. Dispone en su apartado segundo que una vez admitida la demanda, el Juez determinará cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, y también, “previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”. Por tanto, no sólo ha de decidirse a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, sino que también habrá que determinar qué se hará en adelante con los objetos que en ella se encuentran.

El artículo 96 del Código Civil es el que regula la atribución de la vivienda familiar, comenzando por los casos en los que concurren hijos: “En defecto de acuerdo con 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 alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”. Por tanto, cuando existan hijos menores el uso de la vivienda familiar será atribuido a éstos y, de forma indirecta, al cónyuge en cuya compañía queden, lo que nos hace preguntarnos qué ocurrirá cuando estos hijos ya no necesiten la vivienda familiar por su mayoría de edad e independencia económica. Además, en el segundo párrafo el artículo aborda la circunstancia de que no todos los hijos queden en la compañía del mismo cónyuge, caso en el que “el Juez resolverá lo procedente”. También esta regulación plantea dudas, pues no explica la forma de determinación de lo que es “lo procedente”.

El artículo 96 continúa regulando la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de que no concurren hijos: “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias, lo hiciera aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”. Tampoco aquí se aporta mayor información sobre los criterios de atribución de la vivienda familiar, pues sólo afirma que ésta puede atribuirse al cónyuge no titular, y que esto sólo será posible en el caso de que su interés fuera el más necesitado de protección, pero no nos indica cómo se determina cuál es el interés más necesitado de protección.

Como vemos, el artículo 96 sólo aporta una orientación respecto a cómo ha de atribuirse la vivienda familiar, dejando a la doctrina y jurisprudencia la determinación de unos criterios concretos que permitan establecer reglas generales. A continuación se estudiarán los criterios que se han ido perfilando a lo largo del tiempo para poder llegar a unas conclusiones que permitan hacerse una idea clara de cómo están decidiendo nuestros tribunales a quién atribuir la vivienda familiar. Todo ello con el objetivo de que sea así previsible conocer el resultado de un procedimiento judicial atendiendo a las circunstancias concretas del mismo.

2. Ausencia de hijos

En el caso de que la pareja que se separa no tenga hijos conviviendo con ella en el momento de la ruptura se aplicará el criterio contenido en el artículo 96 del Código Civil de atribuir la vivienda familiar al cónyuge con intereses más necesitados de protección, con independencia de la titularidad del inmueble.

Este artículo 96.3 especifica que la atribución al cónyuge no titular se hará “por el tiempo que prudencialmente se fije”, lo que nos da a entender que no se puede atribuir el uso de forma permanente, sino que se limita en el tiempo. Esta cuestión será estudiada en profundidad más adelante, pues la temporalidad de la atribución no solo tiene lugar en casos de ausencia de hijos, por lo que considero conveniente su estudio de

forma separada.

Ha de tenerse presente que este apartado del artículo 96 no se utiliza únicamente para parejas sin hijos sino también para familias con hijos que hayan accedido ya al mercado laboral y sean por ello independientes económicamente.

Debe hacerse otra puntualización respecto a este artículo, pues aunque a primera vista parezca que el precepto está pensado para la atribución de viviendas familiares de propiedad privativa, la realidad es que también es aplicable cuando se trata de una vivienda ganancial³⁰. Por ello, la titularidad del inmueble no ha de ser tomada en cuenta, pues el artículo 96 especifica esta circunstancia de la atribución al cónyuge no titular simplemente por ser el supuesto más controvertido.

En el caso de que la pareja no estuviera casada no podría aplicarse este artículo pues, como dice la Profesora Ureña Carazo, en el caso de que no exista descendencia “se entiende que la convivencia *more uxorio* por sí misma no se constituye en título jurídico suficiente que habilite a cualquiera de los convivientes para atribuirse de forma exclusiva el uso de la vivienda común donde han desarrollado su relación”³¹. Por tanto, el uso de la vivienda privativa de uno de los convivientes no podría atribuirse al otro por ser su interés el más necesitado de protección. Nos encontramos ante uno de los casos en nuestro Ordenamiento Jurídico en que no se encuentran protegidas las parejas de hecho mediante su asimilación a las que sí han formalizado jurídicamente su relación a través del matrimonio.

El hecho de que la titularidad del inmueble no sea tomada en cuenta para la atribución de la vivienda familiar es criticado por algunos autores, pues entienden que si no hay descendencia, la atribución de uso no puede ya explicarse, pues sólo sería una explicación lícita en el caso de que atribuyera la vivienda como un pago en especie del cuidado de los hijos. Consideran por ello que el cónyuge no titular sólo queda en uso de la vivienda por haber vivido en ella durante un período de tiempo, y que esta circunstancia no debería ser tomada en cuenta pues la ruptura acabaría con el derecho de

³⁰ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, pág. 75.

³¹ UREÑA CARAZO, B. “Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente”, en *La Ley* 5532/2015.

residencia en un lugar concreto³².

En mi opinión, esta crítica se aleja por completo de la realidad social. Las parejas, en especial las que llevan años conviviendo, amoldan sus costumbres a la vida conjunta. En muchas ocasiones sólo uno de los cónyuges trabaja y de esta forma llevan un buen nivel de vida sin necesidad de que el otro aporte ningún tipo de ingresos. En una situación de normalidad en la que el matrimonio tiene voluntad de permanencia, el cónyuge que no trabaja probablemente en ningún momento reciba formación para desempeñar ningún oficio, pues no considera que vaya a necesitar trabajar, ni consiga ningún tipo de experiencia laboral que le permita encontrar trabajo en el futuro. En caso de que esta pareja esté compuesta por personas de edades avanzadas, la ruptura de la convivencia conllevaría un grave problema económico al cónyuge que no trabaja y que probablemente no encuentre ya ningún trabajo debido a su edad. Si sumamos a este hecho la atribución de la vivienda al cónyuge que ha percibido ingresos durante toda su vida, se estaría provocando un grave perjuicio a una persona sin perspectivas de poder mejorar su situación. Si el cónyuge con trabajo dispone por ejemplo de familiares que puedan acogerle y el otro no, no tendría sentido que se le despojara del único lugar en el que puede vivir, situación que sólo podría remediarse con una alta pensión compensatoria que en la mayoría de ocasiones es imposible que el otro cónyuge pueda aportar.

En cualquier caso, como se ha analizado, la vivienda familiar es un concepto que va más allá de meras titularidades de inmuebles y necesita protección por sí misma debido a las funciones que desempeña. No puede considerarse por tanto que el derecho de un cónyuge de quedar en el uso de ésta se derive del simple hecho de haber residido en el inmueble durante un período de tiempo, pues además de residir en un determinado lugar ha creado su vida en torno a él.

El Código Civil, a través de la expresión “interés más necesitado de protección” está dejando al Juez la difícil decisión de fijar los criterios objetivos de atribución de la vivienda familiar. No resulta fácil esta determinación pues existe una gran cantidad de

³² CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos*, Ed. Dilex, 2006, pág. 213.

factores a tener en cuenta para decidir qué intereses prevalecen sobre los del otro, y cuáles son los más necesitados de protección. Por enumerar algunos, y como se verá a continuación a través del análisis de la jurisprudencia, se podrían tener en cuenta criterios económicos (ingresos de cada cónyuge, disponibilidad líquida para la compra o alquiler de otra vivienda), criterios laborales (cercanía al trabajo, horarios), sociales (ubicación de otros familiares y amigos), y otro sinfín de criterios como preferencias de cada uno, cuál de los cónyuges pasaba más tiempo en la vivienda si alguno de ellos vivía temporadas fuera, quién ha invertido más tiempo y trabajo en el cuidado del hogar, etcétera. Obviamente algunos criterios parecen a simple vista más importantes que otros; en concreto los económicos parecen más susceptibles de ser tenidos en cuenta por un Juez. En cualquier caso, no resulta sencilla la decisión de qué factores son más importantes que los otros, pues dependiendo de la persona y de las preferencias de cada cual, los intereses más necesitados de protección pueden variar.

La respuesta que da el Tribunal Supremo a esta determinación del interés más necesitado de protección se encuentra bien resumida en su Sentencia de 23 de noviembre de 1998³³. El Tribunal considera que en caso de ausencia de hijos la vivienda familiar debe ser atribuida, por el tiempo que prudencialmente se fije, a cualquiera de los cónyuges atendiendo las circunstancias personales y socioeconómicas de los mismos. Como vemos, habla esta Sentencia de circunstancias “personales y socioeconómicas”, sin entrar a profundizar en los factores concretos que deben ser tenidos en cuenta.

También resulta ilustrativa en este aspecto la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Tribunal Supremo³⁴, que dice en su Fundamento de Derecho cuarto que “serán las circunstancias de cada caso las que determinen que la decisión judicial haya de producirse en uno u otro sentido a efectos de establecer cuál de los cónyuges es titular del interés más necesitado de protección”. Con esta afirmación el Tribunal Supremo incide en el hecho de que no pueden establecerse unos criterios fijos que determinen cuál de los cónyuges es el que se encuentra en una situación de mayor necesidad, sino

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 1067/1998, de 23 de noviembre (RJ 1998\8752).

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 741/2016, de 21 de diciembre (RJ 2016\6275).

que habrá que atender a las circunstancias concretas de cada caso para determinar el interés más necesitado de protección. En este caso en concreto, se considera que el interés más necesitado de protección es el del esposo, pues la mujer cuenta con otro lugar donde residir adecuado a sus necesidades.

Recientemente ha vuelto a pronunciarse el Tribunal Supremo sobre esta cuestión en su Sentencia de 1 de marzo de 2017³⁵, en un caso en el que la sentencia recurrida afirmaba que el interés más necesitado de protección era el del esposo pero, aún así, decidía atribuir el uso de la vivienda familiar por períodos sucesivos y alternativos de un año a cada una de las partes. Considera acertadamente el Tribunal Supremo que si resulta acreditado que el esposo se encontraba en situación de mayor necesidad (siendo jornalero agrícola y percibiendo prestación por desempleo, mientras que su esposa se trasladó a vivir con su madre y percibe también prestación por desempleo) el uso de la vivienda debía serle atribuido en exclusiva.

En este caso el Tribunal Supremo sí ha señalado algunos factores concretos que pueden tenerse en cuenta para determinar el interés más necesitado de protección. En este caso, como vemos, ambos se encontraban desempleados, pero el esposo se encuentra en situación de mayor necesidad pues su ex cónyuge había encontrado otro lugar donde vivir mientras él continuaba en la vivienda familiar. La posibilidad de encontrar una residencia alternativa es entonces un factor determinante para los casos en los que no se aprecie una desigualdad notoria en los ingresos de los litigantes.

Del análisis anterior se deduce que el Tribunal Supremo considera que la determinación del interés más necesitado de protección sólo puede llevarse a cabo atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. Atiende fundamentalmente a la capacidad económica de cada cónyuge y a la disponibilidad de otras viviendas que tenga cada uno.

En cuanto a las Audiencias Provinciales, encontramos en la de Guadalajara la Sentencia de 3 de marzo de 2010³⁶, que resume la doctrina jurisprudencial mayoritaria. Sostiene en el Fundamento de Derecho tercero que, no existiendo hijos menores, la vivienda

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 142/2017, de 1 de marzo (RJ 2017\608).

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) número 42/2010, de 3 marzo (JUR 2010\144526).

privativa de uno solo de los cónyuges debe ser atribuida a éste, “salvo que concurren circunstancias, más o menos excepcionales, que justifiquen la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular de la misma por resultar su interés el más necesitado de protección”.

Resume el Profesor Carreras Maraña³⁷ los factores determinantes del interés más necesitado de protección que ha ido extrayendo la doctrina de la jurisprudencia:

1. Recursos e ingresos con que cuente cada uno de los cónyuges, es decir, su capacidad económica. Se atiende especialmente a la disponibilidad líquida que permita la compra o arrendamiento de un inmueble.
2. Posibilidades efectivas de cada cónyuge o progenitor de habitar en una vivienda distinta de la familiar, de características similares, y que esté a su disposición. Se podrían incluir aquí segundas viviendas o viviendas de familiares o amigos.
3. Posibilidad de prescindir de la vivienda familiar, aconsejando su venta, y sustituirla por dos viviendas, una para cada cónyuge. Estas dos viviendas podrían estar ya disponibles por ser segundas residencias, o podrían adquirirse mediante compraventa o arrendamiento con la liquidez obtenida por la venta de la vivienda familiar.

También puede ocurrir que no se explicita un interés más necesitado de protección. En ese caso, la jurisprudencia adopta toda clase de decisiones sin que se pueda apreciar una tendencia clara.

La Audiencia Provincial de A Coruña, en su ya antigua sentencia de 19 de febrero de 1998³⁸ (pero ilustrativa de la diversidad de opciones adoptadas por las Audiencias en estos casos) decide atribuir la vivienda familiar a ambos cónyuges alternativamente durante períodos de seis meses por considerar que “se presenta protegible el interés en igual medida en ambos litigantes” (Fundamento de Derecho segundo). No parece ésta la mejor opción puesto que, no habiendo hijos menores, no resulta necesaria la alternancia de los cónyuges en la vivienda, con el desequilibrio vital que esto conlleva para ambos

³⁷ CARRERAS MARAÑA, J.M., *op. cit.*, págs. 93 y 94.

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª) número 101/1998, de 19 de febrero (AC 1998\3968).

y la posibilidad de que surjan nuevos conflictos por el uso de la vivienda. En cualquier caso alguna decisión debe ser adoptada y, a falta de un interés más necesitado de protección, el Juez se encuentra en una difícil decisión que resolverá lo mejor posible, llegando en algunas ocasiones a soluciones creativas como ésta.

La Audiencia Provincial de Barcelona decide en su Sentencia de 28 de febrero de 2000³⁹ no pronunciarse sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, pues no existen hijos en el matrimonio y ambos cónyuges prestan actividades laborales retribuidas y la propiedad de la vivienda es común, por lo que no aprecia un interés más necesitado de protección.

Esta decisión de la Audiencia Provincial parece chocar frontalmente con el principio de exhaustividad y congruencia de las sentencias del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que obliga a que las sentencias decidan todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. En cualquier caso no es la única Audiencia que se reserva el pronunciamiento cuando no existe un interés más necesitado de protección; lo mismo hace la Audiencia Provincial de Toledo en su Sentencia de 14 de mayo de 2007⁴⁰, pues considera que no concurren circunstancias excepcionales que hagan prevalecer el interés de un esposo sobre el de la otra, ambos jubilados y pensionistas, por lo que afirma que no procede hacer atribución especial del domicilio familiar.

La Sentencia de 2 de septiembre de 2003⁴¹ de la Audiencia Provincial de Burgos utiliza el criterio del uso de la vivienda desde la crisis matrimonial para decidir su atribución en un caso en el que no se aprecia ningún interés más necesitado de protección. Considera que, no habiendo hijos ni desequilibrios económicos, “resulta procedente el mantenimiento del esposo en su disfrute, que es quien la ocupa y la ha venido ocupando desde el inicio de la separación de hecho; dado que la esposa dispone de otra donde residir, aunque sea en régimen de alquiler” (Fundamento de Derecho tercero).

La Audiencia Provincial de Alicante se muestra favorable a la decisión de la de La

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 28 de febrero de 2000 (AC 2000\2973).

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª) número 198/2007, de 14 de mayo (JUR 2007\288552).

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), número 365/2003, de 2 de septiembre (JUR 2004\ 4715).

Coruña de atribuir el uso alternativo de la vivienda a ambos cónyuges. Así, en el Fundamento de Derecho primero de su Sentencia de 20 de septiembre de 2013⁴² considera que “no existiendo hijos comunes, ni concurriendo circunstancia alguna que aconseje, [...] procede un sistema de atribución de uso a ambos consortes alternativamente, hasta la liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, evitando comportamientos obstruccionistas a la división que pudiera desplegar el beneficiado en exclusiva con el uso”.

3. Existencia de hijos

Como veíamos, el artículo 96 comienza indicando que “En defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”. Por ello, en caso de que los cónyuges no logren llegar a un acuerdo que no perjudique gravemente a alguno de los cónyuges o a los hijos, el uso de la vivienda familiar será atribuido a los éstos y al cónyuge custodio.

Esto deriva directamente de la protección a los hijos menores que inspira todo el Derecho de Familia: el interés del menor o *favor filii*, como criterio único a tener en cuenta para el otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos menores, y también de la atribución del uso de la vivienda familiar, como ahora vemos.

El interés del menor, concepto jurídico indeterminado, puede ser definido como criterio que “trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar defendiendo sus propios intereses”⁴³.

Este principio de protección del interés del menor es el que inspira el artículo 92 del Código Civil, regulador de la guarda y custodia de los hijos menores. Si éste es el criterio que debe tenerse en cuenta para otorgar la custodia a un progenitor, al otro, o

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) número 345/2013, de 20 de septiembre (JUR 2013\351168).

⁴³ BERROCAL LANZAROT, A., “Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida”, en *La Ley*, 4561/2014.

compartida, es el que indirectamente decidirá la atribución de uso de la vivienda, pues se atribuirá al cónyuge en cuya compañía queden los hijos.

Los hijos menores, que se encuentran en una etapa de su vida en la que resulta decisiva una buena educación y desarrollo, necesitan un ambiente familiar estable. Permitiendo que continúen residiendo en la vivienda familiar se palia en cierto modo las consecuencias emocionales negativas de la ruptura de sus progenitores, pues su ambiente de desarrollo no cambiará. Al continuar residiendo en la misma vivienda se consigue que el entorno social que los rodea siga siendo el mismo, sin alterar sus costumbres diarias ni sus rutinas.

Se podría considerar entonces que en este caso también se está buscando la protección del interés del más necesitado, igual que en la atribución de la vivienda cuando no concurren hijos, pues el interés más necesitado de protección es en este caso el de los hijos menores. Se cumple de esta forma con la protección que deriva de la imposibilidad de los menores de litigar por sus intereses. El hecho de que la vivienda familiar sea atribuida también al cónyuge custodio es sólo una consecuencia de la protección que se otorga a los menores pues, si la sentencia que decide las medidas paterno filiales considera que sólo uno de los cónyuges debe quedar a cargo de los menores, la única forma de cumplir éste mandato judicial es que el cónyuge custodio conviva con ellos. Que lo hagan en la vivienda familiar es, como hemos visto, la forma menos perjudicial para los hijos que puede decidirse.

Se debe puntualizar que la minoría de edad de los hijos no resulta necesaria, sino que se atiende a la necesidad de éstos⁴⁴. Por ello, si los hijos son mayores de edad pero dependientes económicamente por no poder acceder aún al mercado laboral, se encontrarán igualmente protegidos por el artículo 96.1 CC.

Los criterios de atribución ya no son entonces fundamentalmente económicos, sino que se dependerá exclusivamente de la protección de los hijos. Con independencia de su situación económica, el progenitor que tenga mayor capacidad de crear un ambiente estable y seguro para los menores será el que quede en uso de la vivienda familiar.

⁴⁴ ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pág. 213.

3.1 Custodia exclusiva

La custodia compartida se atribuye hoy en día con preferencia sobre la exclusiva, para salvaguardar así el derecho de los progenitores a tener contacto con sus hijos y el derecho correlativo de los menores a pasar tiempo con sus progenitores. Ahora bien, en el caso de que sean los padres los que opten por la custodia exclusiva, rara vez los Tribunales considerarán que no es el sistema adecuado. Por ello, resulta muy excepcional que se otorgue la custodia compartida si los padres consideran que la custodia exclusiva es el modelo que mejor se adapta a sus circunstancias. Esto se debe a que al elegir este modelo, lo más frecuente es que uno de los padres quiera ser el que conviva con el hijo y el otro se conforme con visitarle y comunicarse con él en los momentos que se establezcan; o bien, que uno de los progenitores no se encuentre en las circunstancias idóneas para convivir con el menor o prestarle la atención que necesite.

En todos estos casos, en principio, no habrá discusión posible al respecto de la atribución del uso de la vivienda familiar. Si la custodia se otorga a uno sólo de los cónyuges, la vivienda se atribuirá a este mismo.

Un ejemplo de aplicación del artículo 96.1 lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013⁴⁵. En este caso, la sentencia recurrida asignaba el uso de la vivienda familiar a la madre, custodia de los hijos menores. Fuera del procedimiento, los abuelos maternos cedieron el uso de una vivienda de su propiedad, que la madre usó con los menores, sin que considerase el Tribunal que esta residencia podía sustituir a la vivienda familiar como sostenía el esposo. Resuelve, por tanto, otorgar el uso de la que fue vivienda familiar, propiedad del esposo, por considerar que la vivienda de los abuelos no puede significar una obligación constante para éstos de cesión de uso, y menos existiendo la vivienda que se usó antes de la crisis matrimonial como familiar. La madre había abandonado esta vivienda y se había trasladado a la de los abuelos durante el procedimiento pues existía una situación de violencia de género. Considera el Tribunal que mantener a los hijos en la vivienda de los abuelos “supone consagrar una situación de precario que les ha permitido convivir durante la tramitación

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 193/2013, de 15 de marzo (RJ 2013\2174).

del procedimiento”, y que “la asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados por la exclusiva voluntad del tercero propietario” (Fundamento de Derecho tercero).

Otra Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2017⁴⁶, afirma en el Fundamento de Derecho segundo 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 artículo 96 CC”. En esta ocasión el esposo argumentaba que la salida del domicilio se produjo por iniciativa de la madre de los menores, accediendo de forma inmediata a una vivienda en las proximidades del domicilio familiar. Sostenía por tanto que, al haber abandonado la vivienda de forma voluntaria, ya no debía serle atribuido su uso. En este caso también la mujer era víctima de violencia de género, por lo que el Tribunal estima que si abandonó la vivienda fue a causa de este hecho, y que se le había recomendado hacerlo para asegurar su protección y la de los menores.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de marzo de 1998⁴⁷ encontramos otro caso de aplicación del artículo 96.1 del Código Civil. Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores de edad a la madre y, en consecuencia, se les atribuye el uso de la vivienda conyugal de exclusiva titularidad del esposo.

En la Audiencia Provincial de Madrid encontramos la interesante Sentencia de 8 de julio de 2014⁴⁸, que resume bien los conceptos que se han ido tratando en este apartado. Señala expresamente que la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse en interés del hijo común menor de edad de los litigantes, limitando este derecho de uso al momento en el que éste alcance la mayoría de edad, en el que quedará extinguida la atribución automáticamente y sin necesidad de nueva declaración. Recalca en el Fundamento de Derecho sexto que “dicho uso ha de beneficiar al niño, y no tanto a uno

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 117/2017, de 22 de febrero (RJ 2017\1079).

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 30 de marzo de 1998 (AC 1998\4031).

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) número 661/2014, de 8 de julio (JUR 2014\245803).

u otro litigante, aunque indirectamente se vea favorecido aquél al que se le haya confiado la guarda y custodia. [...] es acertado que los hijos atraigan hacia sí al cónyuge que va a convivir y cuidar de ellos, pues de ese modo se consigue una cierta continuidad en la cohesión familiar, remediando, en la medida de lo posible, el quebranto de la convivencia familiar”. Continúa la Audiencia afirmando que el hecho de que los menores queden en uso de la vivienda familiar evita que la prole inicie tras la separación una peregrinación domiciliaria.

Debemos preguntarnos entonces si el mandato del artículo 96.1 es imperativo y, por tanto, si en todos los casos se ha de atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden, sin posibilidad de excepciones cuando las circunstancias lo aconsejen. Sobre este aspecto se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de marzo de 1998⁴⁹. En este caso la vivienda familiar se había atribuido en Primera Instancia a la madre, pero los hijos habían quedado en compañía del padre por considerar que era lo más adecuado para la protección del interés de los menores. Considera la Audiencia que esta opción era la menos lesiva para los hijos, pues el padre se encontraba en un programa de desintoxicación y era la abuela paterna quien estaba supervisando su recuperación, a la vez que cuidaba de los menores hasta que el padre custodio pudiera continuar con sus deberes paternofiliales. La madre, aunque no ostentara la custodia de los hijos, era quien más necesitaba la vivienda, pues el padre tenía la posibilidad de vivir con la abuela de los menores. Esta Sentencia resume bien esta excepción, explicando que la intención del legislador es proteger al interés familiar que más lo necesite, y que, al abordar la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar, se da por hecho que el interés más necesitado de protección es el de los hijos menores y que, por ello, deben quedar en el uso de la vivienda familiar. Sin embargo, “al descansar la determinación del art. 96.1 CC sobre una presunción legal, no constituye tal párrafo un obstáculo para que el uso de la vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge apartado de los hijos, cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de sus hijos, el más necesitado de protección” (Fundamento de Derecho

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) número 88/1998, de 23 de marzo (AC 1998\410).

segundo). Puede ocurrir por tanto que la custodia se otorgue a un progenitor por ser éste el más adecuado para el cuidado de los hijos pero que, sin embargo, este progenitor disponga de otra vivienda mientras que el otro carece de lugar donde vivir. Sí existen por tanto excepciones que permitirán la interpretación del artículo 96, teniendo en cuenta siempre la atención al interés más necesitado de protección de la familia y asegurando siempre el bienestar de los menores.

3.2 *Custodia compartida*

Más problemas origina la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos en los que la custodia se otorga de forma compartida a ambos progenitores.

No hay que negar que el hecho de que el artículo 96.1 atribuya de forma automática la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos menores está suponiendo un problema a la hora de otorgar la custodia compartida. Considera el Magistrado González del Pozo que “en muchos procesos matrimoniales contenciosos, las contrapuestas pretensiones de las partes reclamando cada una para sí la guarda y custodia exclusiva de los menores encubren en realidad disputas sobre el uso exclusivo de la vivienda familiar”⁵⁰. Es ésta probablemente una cuestión inevitable, pero nos centraremos en los casos en los que sí se ha solicitado la medida de custodia compartida para analizar qué ocurre entonces con la vivienda familiar.

La Ley 15/2005 introdujo en el artículo 92 del Código Civil una mención a la custodia compartida, favoreciéndola respecto del sistema de custodia única o exclusiva cuando los padres lo soliciten en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Dice el Profesor Lasarte que “no puede caber duda alguna de que, atendiendo al interés de los menores, el principio general es la preferencia del régimen de custodia compartida, según se deduce del estudio en profundidad de los números 4 a 9, ambos inclusive del artículo 92”⁵¹.

⁵⁰ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”, en *La Ley*, 12968/2009.

⁵¹ LASARTE, C., *op. cit.*, pág 130.

Este es el sistema que en principio mejor garantiza el derecho de padres e hijos de relacionarse entre ellos, de convivir y de mantener una relación fluida, por lo que es el que se otorga con preferencia en nuestro país como regla general.

Nada dice de este sistema de custodia el artículo 96 del Código Civil, por lo que entendemos que la vivienda debe ser otorgada al interés más necesitado de protección. Existen por tanto varias posibilidades de distribución del uso la vivienda familiar: que ambos progenitores la compartan por períodos de tiempo alterno permaneciendo los menores en el domicilio (modalidad de vivienda nido) o que se atribuya la vivienda a uno de los progenitores y los menores se desplacen por temporadas a la residencia del otro progenitor (modalidad de vivienda rotatoria)⁵².

La primera de estas modalidades se traduce en que sean los hijos los que permanecen siempre en la vivienda familiar y los padres roten en su uso, trasladándose a vivir en ella los períodos que les corresponde la convivencia con sus hijos. Esta parece ser la fórmula más adecuada para los hijos, que permanecen en un entorno estable (y lo más parecido posible a la situación anterior a la crisis matrimonial), de forma que continúan viviendo a la misma distancia del colegio y de las actividades extraescolares, y en el mismo entorno social⁵³. El desequilibrio en este caso se produce para los progenitores, que tienen que disponer de otra vivienda donde residir los períodos en que no estén en compañía de sus hijos con los correspondientes problemas que esto conlleva, en especial económicos. Además, éstos se verán impedidos a formar una nueva familia después de su crisis matrimonial, ya que llevarán una vida inestable entre un domicilio y otro. Aunque no sea el interés de los progenitores el que se protege en la atribución del uso de la vivienda, el bienestar de éstos influirá directamente en el de sus hijos menores, por lo que no se podrá otorgar en todos los casos sino sólo en aquéllos en los que se aprecie una buena relación entre los progenitores.

Un ejemplo de sistema de vivienda nido lo encontramos en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Gijón, de 3 de octubre de 2008⁵⁴, que atribuye el uso de

⁵² UREÑA MARTÍNEZ, M. y CARRASCO PERERA, A. (coord.), *op. cit.*, pág. 235.

⁵³ CARRERAS MARAÑA, J.M., *op. cit.*, págs. 111 y 112.

⁵⁴ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Gijón (Provincia de Asturias), de 3 de octubre de 2008 (AC 2008\1963).

la vivienda familiar de forma exclusiva a los hijos, y por extensión al progenitor que tenga la guarda y custodia en cada semestre alterno.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de marzo de 2010⁵⁵ decide revocar la resolución de instancia porque ésta había atribuido el uso de la vivienda familiar a la esposa mediando custodia compartida, sin considerar esta Audiencia que hubiera resultado probado que su interés era el más necesitado de protección. Decide que a través de la atribución de uso compartido y sucesivo se garantiza para los menores la continuidad de la cohesión familiar, “con mantenimiento del actual entorno en todos los aspectos, evitando un continuo cambio domiciliario de éstos, debiendo ser los progenitores los que lo lleven a cabo, con salida del domicilio familiar en los tiempos en los que no les corresponda la custodia” (Fundamento de Derecho segundo).

Otro ejemplo sería la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla, de 8 de abril de 2011⁵⁶, que atribuye el uso de la vivienda alternativamente “para cada progenitor durante los períodos (trimestres) que les corresponde asumir la función de garantes del cuidado y atención de sus hijos, debiendo el otro abandonar la vivienda durante ese tiempo” (Fundamento de Derecho sexto).

En todos estos casos lo que se está haciendo es atender al apartado primero del artículo 96 del Código Civil, pues se está atribuyendo el uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (ambos, en este caso).

En cualquier caso, muchos tribunales siguen considerando que esta modalidad de atribución del uso de la vivienda resulta perjudicial a la larga a los propios menores, pues se crea un ambiente que propicia los enfrentamientos entre los progenitores, lo que repercute de forma directa en el bienestar de sus hijos. En este sentido, la Audiencia Provincial de Murcia, en la Sentencia de 22 de mayo de 2014⁵⁷, decide modificar el régimen de custodia compartida establecido en relación al uso de la vivienda familiar. Éste había sido atribuido en exclusiva a los hijos y eran los progenitores los que

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), número 268/2010, de 3 de marzo (JUR 2010\166007).

⁵⁶ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla 223/2011, de 8 de abril (AC 22011\509).

⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) número 312/2014, de 22 de mayo (JUR 2014\279957).

alternaban su estancia, pero la Audiencia considera que no es éste el modelo óptimo para unos progenitores entre los que no existe entendimiento, pues pone en riesgo la viabilidad de la custodia compartida.

También la Audiencia Provincial de Barcelona se opone a esta medida en la Sentencia de 20 de diciembre de 2006⁵⁸ por considerar que “el panorama descrito no es, precisamente, el más propicio para compartir los cuidados de la niña, ni tampoco para alternarse en el uso de la vivienda. [...] Presumir que dos personas que mantienen este nivel de enfrentamiento van a sucederse cada año en la posesión pacífica de la vivienda, intercambiando en cada período anual enseres, ropa, menaje del hogar, libros, electrodomésticos, conexiones de Internet, cuadros y recuerdos propios de la residencia, es ciertamente errado”. Además, considera la Audiencia que a estas dificultades se añaden las de tener que disponer de otra vivienda para ocuparla durante los años alternativos en los que cada progenitor no se encuentre en compañía de la hija menor. Esta medida se fija con el límite de que la niña cumpla veinticinco años, para lo que restan 21, y parece imposible que las circunstancias de ambos progenitores no cambien durante un período tan extenso en el que podrían perfectamente formar una nueva familia, con los problemas que ello añadiría a la ya de por sí difícil situación. Concluye su razonamiento que la menor “tendrá como principal entorno existencial las paredes de la vivienda, puesto que todo lo demás será mutante” (Fundamento de Derecho tercero). Considero especialmente ilustrativa esta opinión de la Audiencia Provincial de Barcelona, que resume bien la situación que se está haciendo vivir a muchas familias españolas que no están en absoluto preparadas para sobrellevar este tipo de vida, especialmente complicado cuando existe conflictividad, con todos los perjuicios emocionales que esto supone para los menores que ninguna culpa tienen de los problemas de sus progenitores y que no deberían sufrir las consecuencias.

La segunda modalidad consiste en la atribución de la vivienda a uno sólo de los progenitores, y que sean los menores los que se desplacen durante temporadas al domicilio del otro progenitor. En este caso se tendría en cuenta cuál de los progenitores tiene un interés más necesitado de protección, y sería a éste al que se le atribuiría el uso

⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) número 696/2006, de 20 de diciembre (JUR 2007\143259).

de la vivienda familiar, valorando para ello la disponibilidad de otras viviendas, apoyos familiares y la situación económica de cada uno⁵⁹.

Esta opción es la más usada en la práctica, siempre que los domicilios de los progenitores se encuentren cercanos entre sí para facilitar a los menores los traslados y que estos tengan el impacto menos negativo posible en sus rutinas.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de octubre de 2014⁶⁰, decide optar por esta modalidad de atribución de uso de vivienda por considerar que la esposa se encuentra más necesitada de protección, pero decide limitar esta atribución de uso al breve plazo de dos años. Considera que en este período la esposa puede mejorar su situación económica porque cuenta con cualificación en Química, con apoyos familiares y con una edad que hace suponer que no tendrá problema en encontrar ingresos. En ese período de dos años la esposa debe ser capaz de encontrar otra vivienda digna para atender las necesidades del hijo durante los períodos de efectiva guarda.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Granada, en la Sentencia de 27 de noviembre de 2009⁶¹, decide atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre de los menores por considerar que resulta conveniente “por razón de tener la custodia del hijo en la semana que le corresponda y por ser su interés el más necesitado de protección en aquellos períodos que no lo tenga, dados sus recursos económicos, cuanto más que cualquier otra situación abocaría a que el menor no tuviera satisfecha esta necesidad primordial cuando la custodia corresponda a la progenitora”. Como se puede apreciar, en todo momento se está buscando el interés del menor, que debe vivir en una casa digna durante su convivencia con ambos progenitores. De este modo, si uno de ellos puede permitirse una nueva vivienda y el otro no, atribuirle el que fue domicilio familiar a este último permite que el menor lleve una vida adecuada en ambas estancias. En este caso, el padre vivía entonces con la abuela paterna del menor y la madre no podía permitirse el pago de una vivienda. Aunque el menor tenga que ir a casa de sus abuelos durante las estancias con su padre se le está garantizando en todo momento una vivienda digna

⁵⁹ CARRERAS MARAÑA, J.M., *op. cit.*, pág. 111.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 593/2014, de 24 de octubre (RJ 2014\5180).

⁶¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) número 556/2009, de 27 de noviembre (JUR 2010\43564).

donde desarrollarse y donde crecer en un ambiente estable y seguro. Además, esta familia ya había convivido en otras ocasiones con la abuela paterna y no parecía que hubiera oposición de ésta a las estancias del menor.

No puede establecerse cuál de estos modelos es el mejor en términos generales, pues en cada caso concreto deben estudiarse las circunstancias y las posibilidades de adaptación a uno u otro modelo, para poder tomar así la solución que mejor se adapte a la familia concreta, teniendo siempre como referencia el interés del menor.

3.3 Custodia repartida

Sobre la custodia repartida se manifiesta el Código Civil en el apartado segundo del artículo 96, que dispone que “Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”.

Es éste un caso excepcional, pues el artículo 92.5, regulador de la guarda y custodia, especifica que “El Juez, al adoptar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”. Es ésta la regla general, la que se aplicará cuando no concurren circunstancias excepcionales que hagan recomendable la separación de los hermanos. Resulta lógica esta previsión pues los hijos no pueden “repartirse” entre los progenitores para satisfacer los deseos de éstos. Es siempre el interés del menor el que debe primar, como se analizaba en apartados anteriores, y su interés suele hacer aconsejable que los hermanos permanezcan juntos. De esta manera se paliarán en cierto modo las consecuencias emocionales negativas de la separación de los progenitores, pues los hermanos podrán apoyarse en este proceso. Además, el hecho de separar a un menor de sus hermanos, a la vez que se le separa de uno de sus progenitores, supondría para éste, en situaciones de normalidad, un duro golpe difícilmente asimilable y que perjudicaría a la estabilidad necesaria para su desarrollo.

No podemos olvidar tampoco el hecho de que los hermanos mayores suelen ayudar a los progenitores con los menores, lo que resulta aún más necesario cuando sólo uno de ellos soporta la carga del cuidado de los hijos (sea porque se ha atribuido la custodia de forma exclusiva o sea durante las estancias en el régimen de custodia compartida).

Al regular esta situación, el legislador decide dejar la decisión al Juez, que “resolverá lo procedente”. Esta disposición probablemente obedece a la necesidad de que se estudie cada caso de forma individual, pues no existen dos casos iguales, con las mismas circunstancias, y las consecuencias jurídicas deberán adaptarse a las circunstancias concretas de cada familia para llegar a la mejor solución posible y así perturbar lo menos posible la vida de los menores.

Entre los criterios a tener en cuenta pueden estar, sin intención de una enumeración exhaustiva, el número, edad, estado de salud de los hijos y la situación económica de cada uno de los progenitores⁶². Este último criterio resulta especialmente importante porque determinará quién posee mayor o menor capacidad para procurarse un inmueble. Además, debe tenerse en cuenta también si alguno de los progenitores tiene la posibilidad de habitar en otra vivienda de características similares a la anterior, sea propia, de carácter ganancial o de un tercero⁶³. Resulta necesario que las características sean similares pues no es conveniente que unos hijos vivan en mejores condiciones que otros, lo que podría provocar conflictos familiares nada recomendables atendiendo a la situación.

La Audiencia Provincial de Almería, en su Sentencia de 10 de abril de 2000⁶⁴, otorga la custodia de los hijos menores de forma repartida, de tal manera que una de las hijas menores queda en compañía de su padre y la otra en la de su madre. El Tribunal estima pertinente esta medida pues aprecia circunstancias excepcionales que aconsejan separar a las hermanas, que ya llevaban tiempo viviendo separadas sin que esto resultare perjudicial ninguna de ellas. Considera por tanto que debe mantenerse esta situación en lugar de volver a trastocar la vida de las menores, lo que las generaría una inestabilidad innecesaria. Se fija un régimen de visitas que permite a las hermanas convivir durante los fines de semana, trasladándose de forma alterna a casa de cada progenitor. La vivienda familiar es atribuida a la madre y a la hermana menor por considerar que su interés es el más necesitado de protección.

⁶² UREÑA MARTÍNEZ, M. y CARRASCO PERERA, A. (coord.), *op. cit.*, pág. 234.

⁶³ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, pág. 67.

⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) número 127/2000, de 10 de abril (AC 2000\2865).

En la Sentencia de 1 de septiembre de 2005 de la Audiencia Provincial de Málaga⁶⁵ se decide atribuir la vivienda familiar a la madre, a la que se le ha otorgado la custodia de uno de los hijos, atribuyendo la del otro hijo al padre. En este caso la hija mayor de edad, cuya custodia ostentaba la madre, se encontraba cursando estudios universitarios fuera de la ciudad, pero necesitaba aún así un hogar al que volver durante las vacaciones universitarias. Por otro lado, el esposo era propietario de una vivienda pequeña y copropietario de otra mayor (que es la que ocupaba con su hijo) y que cumplía sobradamente con las necesidades de los que en ella residían. Este progenitor interpone recurso de apelación alegando que su interés es el más necesitado de protección, pero la Audiencia considera que con tales propiedades, y obteniendo un salario mayor que el de su ex cónyuge, no resulta su interés el más necesitado de protección. En la situación actual, por tanto, el padre reside con el hijo menor en una amplia vivienda que tiene en copropiedad pero que cubre ampliamente sus necesidades, mientras la madre reside en la que fue vivienda familiar con su hija mayor de edad dependiente económicamente que, aunque pase solo algunos períodos de tiempo en este hogar, lo necesita para cuando no resida en su lugar de estudios. La Audiencia considera que privar a la madre de la vivienda familiar pondría a la hija en una situación de desamparo, pues la madre no puede permitirse otra vivienda y la hija necesita un hogar, aunque sea de forma intermitente.

En este caso, como vemos, se está primando el interés de los menores, que con esta situación pueden disponer de una vivienda digna que cumple las necesidades de cada uno. Se tiene en cuenta por tanto la disponibilidad del esposo de otra vivienda además de la familiar y la imposibilidad de la esposa de adquirir una nueva vivienda por la escasa capacidad económica que le suponen sus limitados ingresos.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Cantabria, en su Sentencia de 21 de abril de 2005⁶⁶, decide atribuir la vivienda familiar ubicada en Santander al padre, que queda en compañía de las dos hijas menores, mientras que la madre se traslada a vivir a Alicante con el otro hijo, menor de edad pero mayor que sus hermanas. La madre en Alicante

⁶⁵Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7ª, Melilla) número 83/2005, de 1 de septiembre (JUR 2005\228944).

⁶⁶Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) número 197/2005, de 21 de abril (JUR 2005\129327).

tiene un empleo fijo que le permite mantener una vivienda y a su hijo, y además cuenta con familiares en esta ciudad para ayudarla con el menor en caso de ser necesario. En Cantabria su comportamiento académico era deficiente y tenía una mala relación con su padre, lo que aconsejó su traslado a Alicante con su madre. Sin embargo, las niñas habían residido siempre en Santander en la que fue vivienda familiar y no se consideró oportuno su traslado, pues se encontraban plenamente integradas en su ambiente y tenían una estabilidad beneficiosa para ellas. Con el paso del tiempo se consolidó la situación y ya no aprecia la Audiencia la necesidad de juntar a los hermanos, que se encuentran en una buena situación estando separados. La atribución de la vivienda en este caso es la consecuencia lógica de que las niñas y el progenitor a quién se confía su custodia residan en la localidad en que se encuentra, mientras que el hijo mayor y la madre se han trasladado a otra ciudad.

Por último, la Audiencia Provincial de Murcia, en la Sentencia de 13 de septiembre de 2007⁶⁷, nos muestra un caso en el que la custodia del hijo se atribuye al padre y la hija continúa en compañía la madre. El uso de la vivienda familiar había sido otorgado a la hija y a la madre, por ser su interés el más necesitado de protección como ahora veremos. El hijo, que hasta entonces convivía con la madre, decide cambiar de progenitor custodio y el Juez aprecia una actuación caprichosa del hijo menor, influenciado por el padre, con la intención de que el uso de la vivienda familiar fuera para éste. El cambio de custodia sí se produce por considerar que el menor así lo ha elegido y que no perjudica a sus intereses, pero la atribución de la vivienda familiar no cambia. El padre se encontraba usando otro domicilio propio que a partir de este momento compartiría con el hijo, mientras que la madre había quedado en uso de la vivienda familiar pues a ella se le había atribuido en un primer momento la custodia de ambos hijos menores. El cambio de custodia en nada afecta a esta atribución de uso pues, aunque la hija viva durante temporadas en Madrid por estudios, necesita un hogar; mientras que el padre dispone de otra vivienda donde convivir con el hijo cuya custodia ahora se le atribuye.

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª) número 293/2007, de 13 de septiembre (JUR 2008\70379).

3.4 Existencia de hijos mayores de edad

Es este un supuesto diferente al que se ha venido tratando, pues en caso de que existan hijos mayores, sean o no independientes económicamente, el Código Civil no ha establecido regla alguna. La extensión a los hijos mayores de edad de la protección que se dispensa a los menores es rechazada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Si no se les extiende esta protección, el criterio a tener en cuenta ya no será el del interés de los hijos, pues no son menores, y por tanto éstos no influirán en ningún caso en la atribución de la vivienda familiar.

El Profesor Carreras Maraña considera que el artículo 96 del Código Civil, en su párrafo primero, al disponer el uso de la vivienda familiar a favor de los hijos y del cónyuge en cuya compañía queden “se está refiriendo evidentemente a los hijos menores de edad y al cónyuge custodio, ya que los hijos mayores de edad, al disponer de toda su capacidad legal, ni están obligados a vivir en el domicilio familiar, ni están sujetos a patria potestad, ni a guarda y custodia alguna”⁶⁸. Por ello, si alguno de ellos prefiere seguir viviendo con uno de sus progenitores es una circunstancia irrelevante en cuanto al uso de la vivienda, la cual se adjudicará exclusivamente atendiendo al interés más necesitado de protección.

La Profesora Ureña Martínez, por su parte, considera que “si alcanzada la mayoría de edad, subsiste la necesidad de habitación del hijo, se aplicará las normas sobre alimentos entre parientes *ex* artículos 142 y siguientes CC, donde se establece que la satisfacción de los alimentos – incluida la habitación- puede realizarse a través del abono de una pensión alimenticia o manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ello”⁶⁹. De esto extrae que ningún hijo mayor de edad tiene derecho a obtener los alimentos a través de la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor con el que conviva. Por tanto, la atribución se realizará teniendo en cuenta únicamente el interés del cónyuge más necesitado de protección.

Aunque esta sea la doctrina mayoritaria, se han estudiado algunas sentencias en el punto anterior en el que se protegía a hijos mayores de edad que se encontraban en la etapa

⁶⁸ CARRERAS MARAÑA, J.M., *op. cit.*, pág. 88.

⁶⁹ UREÑA MARTÍNEZ, M. y CARRASCO PERERA, A. (coord.), *op. cit.*, págs. 235 y 236.

universitaria, que incluso residían en otras ciudades durante los períodos de estudio, y que aún así eran tenidos en cuenta en la atribución de la vivienda familiar, que constituía su verdadero hogar junto al cónyuge con el que convivían durante las estancias en períodos vacacionales.

La realidad social nos indica que no resulta tan fácil la aplicación de la doctrina mayoritaria. Teniendo en cuenta que la mayoría de edad se alcanza en nuestro país con dieciocho años, debemos preguntarnos si en verdad los hijos de esta edad están preparados para la independencia económica. La realidad es que hasta por lo menos los veinticinco años son pocas las personas que consiguen la estabilidad laboral y económica necesaria para la completa independencia, y que se continúa viviendo con los progenitores hasta edades aún superiores a ésta. En un contexto de crisis económica, resulta difícil para los jóvenes encontrar un puesto de trabajo estable que les permita hacerse cargo de sus gastos. Si ésta es la realidad social, quizá sería conveniente la extensión de la protección de los menores a los jóvenes mayores de edad, pues en definitiva se encuentran en una situación muy parecida (se podría decir que incluso similar). Aunque queden protegidos a través de la pensión de alimentos, no se comprende por qué no se les puede proteger también con la atribución del uso de la vivienda al progenitor en cuya compañía queden, aunque esto se haga con una limitación temporal hasta que alcancen la independencia económica (situación perfectamente acreditable).

El Profesor Pinto Andrade sí reconoce la existencia de un sector doctrinal y jurisprudencial que entiende que dentro del artículo 96.1 CC deben ser incluidos los hijos menores y los mayores dependientes económicamente, “puesto que la atribución de la vivienda tiene su fundamento o ratio en ser una modalidad de la prestación del derecho de alimentos de los hijos en forma de prestación en especie”⁷⁰. Este sector mantiene que la atribución del uso de la vivienda familiar se engloba bajo el concepto general de alimentos, sean mayores o menores de edad los hijos. En este caso sí se produciría una asimilación con la protección que se brinda a los hijos menores.

También el Profesor Espiau reconoce esta posibilidad de que el cónyuge titular no tenga

⁷⁰ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, pág. 73.

que abandonar la vivienda en el momento en que los hijos alcancen la mayoría de edad. Extrae esta conclusión del análisis del artículo 96 del Código Civil, que exige una limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda en caso de que no existan hijos, pero no dispone esta limitación inicial en caso de que existan⁷¹. En estos casos en los que concurren hijos deberá estarse entonces a las circunstancias concretas, sin que el mero cumplimiento de los dieciocho años de edad de los hijos obligue a la familia a abandonar la vivienda.

Lo que sí resulta claro es que los hijos mayores de edad independientes económicamente no deben ser tenidos en cuenta en la atribución del uso de la vivienda familiar, pues no es necesaria su protección desde el momento en el que tienen suficiente capacidad económica para independizarse.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión aparece recogida en su Sentencia de 5 de septiembre de 2011⁷², que dice en su Fundamento de Derecho cuarto lo siguiente: “Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte 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”. De ahí deriva que el hecho de que el hijo mayor de edad dependiente económicamente pueda vivir con un progenitor u otro, a su elección, sin que pueda utilizarse este factor como criterio determinante de la atribución de uso de la vivienda familiar. Continúa la Sentencia indicando que los alimentos que tiene derecho a percibir el hijo mayor de edad no incluyen la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que haya decidido no convivir. Por ello, la atribución del uso de la vivienda familiar debe hacerse al margen de los hijos mayores de edad, aunque éstos sean dependientes económicamente, y para ello se utilizará como criterio el del interés más necesitado de protección entre los cónyuges.

Esta es la doctrina que sigue la Audiencia Provincial de Cantabria, como se puede

⁷¹ ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pág. 217.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) número 624/2011, de 5 de septiembre (RJ 2011\5677).

apreciar en su Sentencia de 24 de abril del año 2000⁷³. Indica en el Fundamento de Derecho segundo que “pese a cierta jurisprudencia que lo ha mantenido, la atribución del uso de la vivienda familiar en el artículo 96.1 CC no se engloba bajo el general concepto de alimentos, como medida de prestación específica de los mismos a favor de los hijos, y que, en su caso, permitiría conectar dicha norma a tal efecto con lo sancionado por el artículo 93.2 CC, para los mayores de edad que convivieren en el hogar familiar y carecieran de vida independiente”. Esta Sentencia da una explicación bastante razonable de esta decisión, pues considera que el interés protegido por el artículo 96.1 CC es el mantenimiento del entorno social de los hijos, que les permite gozar de estabilidad para su desarrollo, lo que solamente es predicable respecto de los hijos sometidos a patria potestad, es decir, a los menores. Esta protección, considera, debe quedar sin efecto una vez alcanzada la mayoría de edad, pues los hijos ya tendrán capacidad para formar parte del entorno que elijan y ostentarán “plena autonomía para la configuración de sus intereses vitales”. Señala entonces esta Sentencia que en caso de que concurren hijos mayores de edad, sean o no independientes, debe estarse a lo previsto en el artículo 96.3 CC, consistente en el interés del cónyuge más necesitado de protección.

La misma opinión sostiene la Audiencia Provincial de Navarra, que decide en su Sentencia de 22 de septiembre de 2004⁷⁴ revocar la Sentencia de primera instancia en relación a la atribución de uso de la vivienda familiar, que había sido otorgado al hijo menor y al progenitor custodio sin limitación temporal. Considera que una vez alcanzada la mayoría de edad no tiene fundamento esta atribución, pues no se puede otorgar la misma protección a los hijos menores que a los hijos mayores de edad dependientes económicamente. Hace referencia al distinto tratamiento constitucional que los hijos mayores y menores merecen, ya que “tratándose de menores, el deber de asistencia es incondicional y deriva directamente de la propia Constitución, mientras que, respecto de los mayores de edad, será precisa, en todo caso, la existencia de una ley que lo imponga y concrete).

⁷³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª) número 216/2000, de 24 de abril (JUR 2000\209391).

⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) número 184/2004, de 22 de septiembre (JUR 2004\295494).

Por último, también la Audiencia Provincial de Asturias sigue esta doctrina. En su Sentencia de 15 de marzo de 2013⁷⁵ señala que la atribución del uso de la vivienda se debió en este caso a que los hijos mayores de edad habían decidido convivir con el padre y, por ello, se privó a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar. Considera la Audiencia que debía haberse tenido en cuenta el interés del cónyuge más necesitado de protección, pero finalmente concluye que era el del padre y que por tanto debía mantenerse la atribución del uso de la vivienda a favor de éste, si bien limitado a un período de dos años.

Por otro lado encontramos alguna sentencia favorable a tener en cuenta la concurrencia de hijos mayores de edad dependientes económicamente como criterio de atribución del uso de la vivienda familiar, por considerar que la atribución del domicilio forma parte de la prestación de alimentos.

Así, la Audiencia Provincial de Almería decide atribuir la vivienda familiar al cónyuge que queda en compañía del hijo mayor de edad en su Sentencia de 19 de junio de 2014⁷⁶. En este caso ambos progenitores se encuentran desempleados pero en perfectas condiciones de trabajar. La diferencia entre ellos se encuentra en que la madre convive con el hijo común, ya mayor de edad pero dependiente económicamente pues continúa formándose. Considera la Audiencia por tanto que el interés más necesitado de protección es el de la madre que convive con el hijo dependiente, y a ellos se atribuye el uso de la vivienda familiar. Esta atribución la otorga con la limitación temporal del momento en que el hijo conviviente alcance independencia económica con posibilidad de acceso al mercado laboral y, en todo caso, transcurridos 3 años desde la fecha de la Sentencia.

Como vemos, si bien la doctrina mayoritaria es la de no tener en cuenta a los hijos mayores de edad para la atribución de la vivienda familiar, hay algunas Audiencias Provinciales que toman esta circunstancia como criterio para los casos en que no haya un cónyuge con un interés claramente más necesitado de protección. En cualquier caso,

⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) número 126/2013, de 15 de marzo (JUR 2013\168992).

⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) número 164/2014, de 19 de junio (JUR 2014\202884).

se está tratando de que en todo momento los hijos dependientes tengan posibilidades de prosperar a través de la pensión de alimentos por lo que, permanezcan o no en la vivienda familiar, quedarán protegidos. No le falta razón al Tribunal Supremo al opinar que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a los hijos responde a la necesidad de que estos permanezcan en su entorno y, así, se desarrollen en un ambiente estable, cosa que los hijos mayores de edad ya no necesitan por su madurez emocional. Aún así, no puede negarse que los hijos mayores de edad suponen una carga para el progenitor con el que conviven y que esta situación probablemente no queda compensada con la pensión de alimentos que se les otorgue.

4. El carácter temporal de la atribución

Al regular la atribución de uso de la vivienda familiar, el Código Civil dispone en el artículo 96 que el uso de la vivienda, no habiendo hijos, se atribuirá “por el tiempo que prudencialmente se fije” al cónyuge no titular si su interés fuera el más necesitado de protección. En cambio, al regular la atribución de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden no hace ninguna alusión a esta limitación temporal de la atribución. Ahora bien, esto no puede significar que la atribución de uso se haga de manera permanente, sino que se interpreta en el sentido de que en caso de que existan hijos la limitación temporal no tendrá por qué determinarse inicialmente en la sentencia que decida la atribución, sino que se tendrán en cuenta las circunstancias concurrentes para decidir hasta cuándo tendrá vigencia el derecho de uso de la vivienda⁷⁷.

El derecho de uso de la vivienda familiar se caracteriza por su carácter temporal y provisional⁷⁸. Concurran o no hijos, pocos son los casos en la que la atribución del uso de la vivienda familiar se haga de forma indefinida. El motivo de esta limitación se encuentra en que el derecho de uso de la vivienda, que se atribuye como protección preferente, entra en colisión con los legítimos derechos que puedan corresponder a terceros sobre el referido inmueble, no ya en cuanto al uso sino principalmente en

⁷⁷ ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pág. 217.

⁷⁸ UREÑA MARTÍNEZ, M. y CARRASCO PERERA, A. (coord.), *op. cit.*, pág. 237.

cuanto a la disposición⁷⁹. Si no se limita el derecho de uso, el tercero propietario nunca podrá ejercer su derecho de venta o alquiler de la vivienda, y tendrá una propiedad no rentable de forma permanente.

Además, el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuye, como hemos venido analizando, para proteger al cónyuge o hijos con el interés más necesitado de protección. Tiene sentido por tanto que esta atribución sólo se mantenga durante el tiempo que dure esta necesidad de protección. Una vez superada la situación, debe restituirse el uso del inmueble a su legítimo propietario, pues la atribución de uso habrá perdido su razón de ser.

La necesidad de protección puede superarse, en primer lugar, por cambiar las circunstancias. De esta forma, si la situación del cónyuge que ha quedado en el uso de la vivienda mejora notablemente, no concurriendo hijos, su necesidad de protección habría finalizado y podría abandonar la vivienda y buscar otra que arrendar o comprar. Esto sería lo que ocurriría si mejorara su situación económica de forma repentina e inesperada, por ejemplo por la obtención de unos ingresos al encontrar un trabajo, por recibir una herencia, etcétera.

También puede ocurrir que el Juez fije de antemano un período de tiempo determinado durante el cual se prolongará el derecho de uso, por considerar que durante ese período el cónyuge que ha quedado en el uso podrá mejorar su situación a través de la búsqueda de un empleo o cualquier otro medio de vida. También se fija un período determinado en el caso de que existan hijos menores de edad, que finalizará cuando cumplan la mayoría de edad o se incorporen al mercado laboral.

Sin embargo, habrá circunstancias en las que sea previsible que la necesidad de protección no va a poder superarse, especialmente en casos en los que el cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda no percibe ingresos, es de edad avanzada y no cuenta con formación. En estos casos el derecho de uso no deberá limitarse, pues la causa que lo motiva previsiblemente no desaparecerá.

⁷⁹ CARRERAS MARAÑA, J.M., *op. cit.*, págs. 89 y 90.

La limitación temporal se impone por tanto siempre en función de la duración de la necesidad de protección. Por ello, según el caso la limitación se establecerá en un momento cercano a la sentencia de atribución y, en otros, transcurridos varios años, llegando incluso a no existir esta limitación cuando se prevea que la persona a quien se le ha atribuido el uso de la vivienda nunca superará su necesidad de protección.

Debemos analizar por tanto la limitación temporal del derecho de uso en los diferentes supuestos de atribución de la vivienda, pues dependerá en gran parte de las circunstancias concretas de cada caso.

4.1 Limitación temporal de la atribución en caso de ausencia de hijos

En caso de que no concurren hijos, la atribución del uso de la vivienda familiar se podrá otorgar al cónyuge no titular si su interés fuera el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije, como dispone el artículo 96 del Código Civil.

Como veníamos diciendo, la limitación puede ser inicial o derivada del cambio de circunstancias.

4.1.1 Limitación temporal inicial

En la práctica no siempre se impone un límite temporal inicial a este uso, pero existe un sector doctrinal que se muestra partidario de su temporalización inicial, al entender que si no se limitara en el tiempo el derecho de uso se estarían frustrando las facultades dominicales del cónyuge no beneficiario del derecho durante un tiempo indeterminado, pudiendo llegar a ocurrir de forma indefinida⁸⁰.

En caso de que se limite la facultad de uso de forma inicial en la sentencia que decida sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, caben dos posibilidades: que se fije un límite del derecho de uso sobre la vivienda de carácter ganancial hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, o que se establezca un plazo de tiempo

⁸⁰ UREÑA MARTÍNEZ, M. y CARRASCO PERERA, A. (coord.), *op. cit.*, pág. 237.

determinado durante el cual el cónyuge beneficiario del derecho tendrá que intentar superar la situación de necesidad y abandonar la que fue vivienda familiar. En este segundo caso, se fija un límite temporal concreto por entender el tribunal que el interés de este cónyuge no necesitará protección a partir de este punto, pues se le ha dado suficiente tiempo para mejorar su situación y poder adquirir una vivienda o arrendarla.

Cuando la vivienda tiene carácter ganancial es frecuente limitar el derecho de uso hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 28 de febrero de 2000⁸¹, decide confirmar el fallo dictado en primera instancia, que rechazaba la petición del actor en lo referente a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de la esposa y fijaba un límite temporal de la atribución de uso fijado en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales. Fue el cónyuge beneficiado por el derecho de uso el que interpuso recurso de apelación por considerar que la sentencia recurrida era incongruente por exceso al fijar un límite al derecho de uso que no se había solicitado. Considera la Audiencia que la precisión que se realizó en instancia respecto al límite temporal, que se concretó en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, no supone una limitación al derecho de uso que le corresponde a la apelante, pues éste no puede prorrogarse de forma indefinida. Señala en el Fundamento de Derecho tercero que, al ser el piso propiedad de la sociedad legal de gananciales, “nada impide a cualquiera de los cónyuges como copropietarios instar tras la crisis matrimonial y liquidación de la sociedad conyugal el ejercicio de la pertinente acción de división con las consecuencias inherentes al ejercicio de tal acción sin que por ello sea obstáculo a tal actuación el que al tiempo de atribuirse a uno de los cónyuges el uso del domicilio familiar no se hiciese mención expresa a un plazo prudente de duración de dicho uso”.

También la Audiencia Provincial de Granada decide fijar esta limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar en el momento de la liquidación de la sociedad

⁸¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) número 107/2000, de 28 de febrero (AC 2000\649).

de gananciales. En su Sentencia de 25 de marzo del año 2002⁸² indica en el Fundamento de Derecho segundo que la atribución del derecho de uso, en función del artículo 96 del Código Civil “no ha de ser indefinido, al permitir que el uso se limite al tiempo que prudencialmente se fije, que en este caso, al ser la vivienda un bien ganancial, lo será hasta lo que resulte de la liquidación de la sociedad de gananciales y atribución a cada cónyuge de lo que corresponda”. Se aprecia aquí que el tribunal, en la discrecionalidad que le confiere el artículo 96, decide que por tratarse de un bien ganancial se debe atribuir su uso solamente hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales para no perjudicar al cónyuge no beneficiado por el derecho de uso, que debe poder disponer del bien como copropietario que es. En un primer momento el derecho de uso había sido atribuido al marido por tener en la vivienda una caja fuerte para uso mercantil, la cual era móvil y perfectamente podía trasladarse a otra vivienda de la que disponía. En este caso el derecho de uso se termina atribuyendo a la esposa por considerar que su interés es el más necesitado de protección, ya que tuvo que abandonar la vivienda debido a situaciones de violencia de género causadas por el esposo.

La Sentencia de 30 de octubre de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona⁸³ nos muestra un caso en el que el marido había recurrido la sentencia de instancia que atribuía el uso de la vivienda familiar a la esposa. Los ingresos de ambos cónyuges eran similares, por lo que el esposo solicita que se establezca una limitación temporal del derecho de uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Estima la Audiencia el recurso debido a que no aprecia ningún interés más necesitado de protección entre los cónyuges y, al ser la vivienda de carácter ganancial, decide conceder esta limitación de uso hasta la liquidación.

También la Audiencia Provincial de Madrid se muestra partidaria de la atribución limitada a la liquidación de la sociedad de gananciales en la Sentencia de 28 de

⁸² Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 3ª) número 270/2002, de 25 de marzo (JUR 2002\130446).

⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) número 603/2006, de 30 de octubre (JUR 2007\133818).

noviembre de 2012⁸⁴. Resuelve que, al tratarse de un matrimonio sin descendencia y debido al carácter ganancial de la vivienda familiar, “es ajustado a Derecho establecer un uso de la vivienda alternativo, sucesivo y por separado hasta la liquidación de su sociedad legal de gananciales, como modo de fomentar la liquidación de su patrimonio común [...] y ello conforme la doctrina emanada del artículo 96, párrafo 3, del Código Civil, aplicable por extensión al presente supuesto fáctico” (Fundamento de Derecho primero).

Esta decisión tan frecuentemente adoptada resulta cuanto menos discutible. Si lo que se está tratando es de proteger al cónyuge con el interés más necesitado de protección, no se comprende cómo va a conseguirse esto con una limitación que depende de la interposición de una demanda de liquidación de la sociedad de gananciales. Una vez liquidada la sociedad, el cónyuge más necesitado recibirá su parte proporcional del patrimonio ganancial, pero eso no tiene por qué significar que su situación de necesidad desaparezca. Ciertamente es que a través del derecho de uso de la vivienda familiar se está limitando el derecho de disposición del otro cónyuge, pero si éste dispone de viviendas privativas podrá subsistir sin problemas. Sin embargo, el otro cónyuge estará quedando en una situación de total desamparo. Con un límite temporal concreto, es decir, un plazo que no dependa de que la otra parte inicie el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, se estará protegiendo su interés y dándole tiempo para que su situación de necesidad desaparezca, mientras que el derecho del otro estará siendo limitado sólo durante un período de tiempo.

La otra posibilidad que veíamos es que se establezca un plazo de tiempo determinado durante el cual el cónyuge beneficiario del derecho de uso deberá superar la situación de necesidad y abandonar la que fue vivienda familiar.

Ya en 1998 se pronunció el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de noviembre⁸⁵, acerca de esta posibilidad y, en especial, acerca de la congruencia en la sentencia en relación con la limitación temporal inicial mediante la fijación de un plazo concreto. La

⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) número 1322/2012, de 28 de noviembre (JUR 2013\34927).

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1067/1998, de 23 de noviembre (RJ 1998\8752).

cuestión que se suscitaba era si podía o no limitarse temporalmente el derecho de uso de la vivienda familiar sin que ninguno de los cónyuges lo hubiera pedido. La vivienda era ganancial en este caso, y se atribuye a la esposa su uso durante un plazo de seis meses, en el cual debe mejorar su situación y abandonar la vivienda, aunque ésta había solicitado su uso de forma permanente. Dice en su Fundamento de Derecho segundo que “ni con medida súper estricta de lo que se debe entender por congruencia, puede decirse que la sentencia no ha atendido en parte la petición de la parte actora [...] ya que nunca puede estimarse como incongruente la sentencia que otorga algo menos que lo pedido en el suplico de la demanda”.

Especialmente interesante resulta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 6 de abril de 2005⁸⁶, que explica bien esta posibilidad de atribuir el uso de la vivienda con limitación temporal inicial. Dice la Sentencia en el Fundamento de Derecho primero que “cuando la vivienda tenga naturaleza ganancial no será preceptivo establecer un plazo a ese derecho de uso, aunque ninguna razón existe tampoco para impedirlo. Si es lógico que, después de un tiempo prudencial, el titular exclusivo de la vivienda recupere el derecho de uso sobre la misma, también puede serlo que, transcurrido un plazo, el uso de la vivienda deje de corresponder en exclusiva a uno solo de los cónyuges”. En este caso se considera que el interés más necesitado de protección es el de la esposa, que se encuentra percibiendo una prestación por desempleo y, atendiendo a su edad, capacidad y aptitud para acceder a un empleo considera oportuno determinar un plazo de duración concreto del derecho, que fija en dos años. Vemos aquí como la Audiencia está teniendo en cuenta las circunstancias concretas del cónyuge con el interés más necesitado de protección para fijar un plazo en el que previsiblemente hará desaparecer su situación de especial necesidad. Transcurrido ese plazo, la esposa deberá abandonar la vivienda pues se considerará que su interés ya no es el más necesitado de protección pues habrá dispuesto de dos años para encontrar un empleo, lo cual se encuentra perfectamente dentro de sus capacidades.

Otro ejemplo de limitación temporal inicial lo encontramos en la Sentencia de la

⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) número 70/2005, de 6 de abril (JUR 2005\99710).

Audiencia Provincial de Islas Baleares de 20 de junio de 2006⁸⁷. En este caso, en el que no concurren hijos, se otorga el uso de la vivienda, que era de titularidad del esposo, a la mujer por ser su interés el más necesitado de protección y el plazo que se fija es de ocho meses. Dice en su Fundamento de Derecho segundo que “el plazo del uso debe necesariamente ser fijado al pertenecer la vivienda al esposo, lo que impide que lo sea indefinidamente como pretende la recurrente sin combatir la insuficiencia del mismo”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 22 de junio de 2007⁸⁸ decide atribuir el uso de la que fue vivienda familiar a la esposa, por considerar que su interés era el más necesitado de protección ya que percibía unos ingresos notablemente inferiores a los de su ex cónyuge. Decide limitar temporalmente este derecho de uso al plazo de dieciocho meses a contar desde la fecha de la Sentencia de instancia.

También la Audiencia Provincial de Vizcaya se muestra partidaria de esta decisión de limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar. En su Sentencia de 4 de julio de 2008⁸⁹ considera que aunque la vivienda sea de titularidad ganancial debe atribuirse su uso al cónyuge más necesitado de protección, y que esto “determinaría únicamente la concreción jurídica del uso y aprovechamiento exclusivo de la cosa común y exclusión correlativa del otro cotitular, más ello no altera en principio el derecho de dominio sobre la vivienda; estableciéndose como única limitación la necesidad de acordar la atribución de dicho uso por tiempo determinado” (Fundamento de Derecho cuarto). Continúa indicando que, en ausencia de hijos, la atribución a uno de los cónyuges de la vivienda familiar no puede, salvo casos realmente excepcionales, prorrogar su vigencia de forma indefinida, pues se estaría entrando en colisión con los legítimos derechos que al otro consorte pudieran corresponderle sobre el inmueble, fundamentalmente en relación con la disposición.

Como vemos, la decisión de limitación temporal de la atribución del derecho de uso mediante la fijación de un plazo determinado se realiza tanto en casos de vivienda

⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª) número 289/2006, de 20 de junio (JUR 2006\225933).

⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) número 317/2007, de 22 de junio (JUR 2007\320462).

⁸⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) número 469/2008, de 4 de julio (JUR 2008/390189).

privativa del cónyuge no titular del derecho como en casos de vivienda de carácter ganancial, pues se está atendiendo al interés más necesitado de protección, que en nada depende de la titularidad de la vivienda.

El número de sentencias que limitan de forma concreta el derecho de uso de la vivienda familiar es muy extenso. En la mayoría de casos se considera procedente limitar en el tiempo la atribución de uso porque se prevé que de una manera u otra el cónyuge beneficiario podrá mejorar su situación y acceder a otra vivienda. Circunstancias muy excepcionales tienen que concurrir para que una persona no pueda de forma alguna mejorar su situación durante un período de tiempo más o menos extenso. Se toma esta decisión para tratar de perturbar lo menos posible al otro cónyuge en sus derechos sobre el inmueble, pues si se otorga el uso de forma indefinida nunca podrá disponer de la vivienda.

En cuanto a la duración del período por el que se concede el derecho de uso encontramos una gran diversidad, desde sentencias que atribuyen el uso durante unos pocos meses hasta otras que lo atribuyen por períodos de diez o incluso de quince años. No podemos establecer una regla general que permita calcular el tiempo por el que se ha de fijar el derecho de uso, pues habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso para poder así proteger al cónyuge con el interés más necesitado de protección. Para fijar este período se tienen en cuenta por nuestros tribunales criterios como la edad del cónyuge beneficiado, su capacidad y aptitud para el trabajo, su formación, la posibilidad de percibir prestaciones de cualquier tipo y la existencia de otros inmuebles que puedan estar disponibles en un período de tiempo. Con estos criterios se puede determinar el tiempo que previsiblemente tardará el beneficiario del derecho de uso en superar su situación de necesidad y poder acceder así a otra vivienda.

Por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de septiembre de 2000⁹⁰ se decide por una postura intermedia, pues otorga el uso de la vivienda familiar a la esposa durante un período de diez años “sin perjuicio de que si en este plazo se produjese la liquidación efectiva de la comunidad, pueda ser revisada esa atribución en

⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 1 de septiembre de 2000 (AC 2000\1478).

función de las circunstancias que en el futuro puedan concurrir” (Fundamento de Derecho segundo). Se decide otorgar la vivienda familiar a la esposa por considerar que su interés es el más necesitado de protección, pues el marido dispone de un negocio propio con una alta facturación mientras que ella se encuentra en una situación precaria, disponiendo únicamente de las ayudas que algunos hijos le prestan para su subsistencia. El amplio plazo de diez años viene justificado porque su edad, 55 años, presumiblemente no la permitirá acceder al mercado laboral, y más teniendo en cuenta que ha dedicado los 33 últimos años de su vida al cuidado de la familia, de la que han nacido cinco hijos, y a colaborar con su esposo. Parece lógico entonces que esta atribución del uso de la vivienda deba prolongarse por un período de tiempo amplio que la permita cubrir sus necesidades hasta que pueda acceder a la prestación por jubilación.

La postura intermedia que adopta esta Audiencia Provincial es, en mi opinión, muy acertada, ya que permite revisar la atribución de la vivienda familiar en caso de que se liquide la sociedad legal de gananciales. El hecho de que pueda revisarse no implica la pérdida inmediata del derecho por la liquidación, sino que se revisará atendiendo a las circunstancias en que quede la esposa después de la misma. De esta forma se está garantizando que en todo momento la mujer pueda contar con recursos suficientes para subsistir, sin dejarla en la situación de desprotección en que quedaría si se le retirara el derecho de uso de la vivienda familiar sin atender a sus circunstancias concretas.

4.1.2 Limitación derivada del cambio de circunstancias

Si la causa de la atribución del derecho de uso al cónyuge no titular, no habiendo hijos, reside en su protección por tener el interés más necesitado, resulta lógico que cuando desaparezca esta situación de necesidad deberá cesar también el derecho de uso.

No siempre es previsible cuándo el cónyuge beneficiario dejará de precisar la vivienda familiar, pues no resulta sencillo concretar el momento exacto en que cambiará su situación, de tal manera que le sea posible adquirir otra vivienda en la que residir. Por ello, la limitación temporal inicial en algunos casos es complicada de fijar y se recurre a este método.

Si se opta por esta posibilidad, puede ocurrir que se fije en la sentencia de modo expreso

la atribución de la vivienda hasta el momento en que el cónyuge más necesitado de protección obtenga recursos suficientes para adquirir otra vivienda, o puede ocurrir que no se fije limitación y ésta sea la conclusión que se extraiga de forma tácita.

En caso de que no se fije limitación, sin especificar que se prevea el derecho de uso indefinido, se entiende que el plazo temporal está vinculado a la causa que lo justificó, es decir, al interés más necesitado de protección. Esto se pone de manifiesto en aquellos casos en los que no se fijó un límite concreto, ni se dispuso el derecho de uso de forma indefinida, pero al intentarse la modificación de esta medida a través de la limitación temporal, el Tribunal considera que la atribución debe continuar vigente mientras se mantengan las circunstancias que determinaron su atribución inicial⁹¹. De esta manera, si tiene lugar algún cambio sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que mejore la situación del beneficiario, el derecho de uso deberá ser extinguido pues habrá perdido su razón de ser.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 23 de marzo de 2007⁹² decide no extinguir el derecho de uso por considerar que no ha tenido lugar ninguna modificación de las circunstancias que dieron lugar a la atribución del derecho de uso de la vivienda. En este caso el esposo trata de que se modifiquen las medidas que otorgaron el derecho de uso a su ex cónyuge, pero sin acreditar ningún cambio de circunstancias. El Tribunal no admite este cambio pues considera que mientras las circunstancias que dieron lugar a la atribución de la vivienda no cambien, la esposa sigue en situación de necesidad y debe continuar por ello en el uso de la vivienda.

Debe por tanto probarse el cambio de circunstancias de manera que se acredite que el beneficiario del derecho de uso ha superado su situación de necesidad y puede permitirse otra vivienda en la que residir.

Se plantea el problema de si la convivencia del cónyuge beneficiario del derecho de uso con una tercera persona, en particular si ésta es su nueva pareja sentimental, puede suponer la extinción del derecho por cambio sobrevenido de circunstancias⁹³. La

⁹¹ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, pág. 78.

⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) número 118/2007, de 23 de marzo (JUR 2007\202828).

⁹³ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, pág. 89.

respuesta que debe darse a esta cuestión no puede ser única, pues dependerá de las circunstancias de cada caso, y de si esta convivencia marital supone la superación de la situación de necesidad que fue la causa de la atribución.

Por ejemplo, la Sentencia de 22 de noviembre de 2002 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares⁹⁴, nos muestra un caso en el que ambos esposos han contraído nuevas nupcias. La esposa trata de que se le atribuya el uso de la que fue vivienda familiar, que había sido atribuida a su ex cónyuge, pues ambos se han casado con terceras personas y ella ha tenido un hijo, lo que ha aumentado sus cargas familiares. Considera la Audiencia que al haber tenido descendencia con el nuevo cónyuge, es éste quien debe contribuir a las cargas familiares, y que no debe extinguirse por tanto el derecho de uso del primero. Decide mantener el sistema de atribución inicial por considerar que no se ha producido una relevante modificación de las circunstancias existentes entre los dos cónyuges.

4.1.3 Atribución indefinida

Los Tribunales en raras ocasiones han otorgado el uso de la vivienda familiar sin especificar un límite de duración, pues consideran que el cónyuge no beneficiario del derecho debe poder disponer en algún momento de la vivienda, como propietario o copropietario de la misma.

La atribución indefinida, por tanto, se puede otorgar sólo en casos muy excepcionales en los que se prevea que el cónyuge beneficiario del derecho de uso no va a poder superar su situación de necesidad ni, por tanto, acceder a otra vivienda. Así, si el cónyuge al que se le atribuye el derecho de uso se encuentra en unas circunstancias tales que hagan previsible el mantenimiento de la situación de necesidad de forma permanente, sí deberá atribuírsele el derecho de uso de forma indefinida.

Los criterios que se tienen en cuenta para el otorgamiento indefinido del uso de la vivienda familiar son principalmente la edad, el estado físico y la carencia de

⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) número 648/2002, de 22 de noviembre (JUR 2003\100865).

patrimonio.

Así, la Audiencia Provincial de Girona, en su Sentencia de 10 de enero de 2003⁹⁵, decide otorgar el uso del domicilio conyugal a la esposa “visto que la esposa no tiene recursos económicos directos, pues no trabaja, ni percibe renta alguna y sólo tiene un patrimonio difícil de realizar, [...] visto que tiene la edad de 63 años y vista la duración del matrimonio y que en la separación de hecho se le atribuyó de mutuo acuerdo el uso del domicilio” (Fundamento de Derecho sexto). Atendiendo a estas concretas circunstancias, la Audiencia decide atribuirle el uso sin que éste quede limitado en el tiempo, “sin perjuicio de que, si existe un cambio en las circunstancias, se pueda solicitar la modificación de la medida”.

También el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se muestra favorable a esta atribución indefinida en su Sentencia de 22 de septiembre de 2003⁹⁶, por concurrir unas circunstancias excepcionales que justifican esta medida por la especial necesidad del cónyuge. En este caso la esposa carecía de recursos económicos y había vivido con su ex cónyuge durante los últimos 45 años, lo que hacía presumir la imposibilidad de que superara la situación de necesidad.

También la Sentencia de 2 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Barcelona⁹⁷ otorga el derecho de uso a la esposa de forma indefinida por su mayor necesidad. En este caso, la beneficiaria del derecho padecía una sintomatología ansioso depresiva, encontrándose bajo tratamiento, que determinó la declaración de incapacidad permanente absoluta, con la percepción de una reducida prestación. Considera la Audiencia que no va a poder superar su situación de necesidad pues “la declaración de invalidez permanente, en grado de absoluta, es incompatible con la realización de cualquier trabajo retribuido, no constando acreditado que perciba haberes económicos” (Fundamento de Derecho segundo). A esto debe sumarse la buena situación económica de su antiguo cónyuge, que vive en el domicilio de sus padres con su nueva pareja

⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª) número 7/2003, de 10 de enero (AC 2003\283).

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección Única) número 33/2003, de 22 de septiembre (RJ 2003\7128).

⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) número 750/2009, de 2 de noviembre (JUR 2010\45532).

sentimental. Lo que sí puntualiza la Audiencia es que esta atribución del uso de la vivienda se prolongará de forma indefinida mientras dure la necesidad de la esposa, “al no apreciarse circunstancias objetivas determinadoras de la certeza de que un tiempo más o menos perentorio cesará su situación de necesidad”.

Como vemos, esta decisión se adopta siempre con la cautela de advertir de que la atribución se mantendrá de forma indefinida sin perjuicio de que se revise la decisión si se aprecia un cambio de circunstancias. No puede la atribución del derecho de uso durar más que la situación de necesidad, pues perdería su razón de ser.

4.2 Limitación temporal de la atribución en caso de concurrencia de hijos

En caso de que concurren hijos el Código Civil guarda silencio respecto a la posibilidad de limitación temporal. En cualquier caso, como ya hemos estudiado, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar debe hacerse en todo caso a los hijos menores y al cónyuge en cuya compañía queden para proteger así el interés de los menores.

Ahora bien, ¿qué ocurrirá cuando los hijos menores dejen de serlo? ¿Deberá entonces extinguirse automáticamente el derecho de uso? No olvidemos que en todo momento se está tratando de proteger al interés que más necesite esta protección y el mero cumplimiento de los dieciocho años de edad no tiene por qué suponer la superación de la situación de necesidad.

Nuestros Tribunales aún así consideran en algunas ocasiones que, una vez que los menores dejen de serlo, debe considerarse extinguido su uso, pues ya no se estará atendiendo a la protección del menor sino de personas adultas con capacidad para ser independientes.

Otras Audiencias Provinciales, sin embargo, limitan el derecho de uso al momento en que los hijos entren al mercado laboral y, con ello, alcancen la independencia económica, o al momento en que terminen su formación.

Al haberse ya tratado esta cuestión de manera indirecta en el apartado de la atribución del uso de la vivienda familiar con la concurrencia de hijos mayores de edad, vamos a limitarnos aquí a hacer un breve estudio jurisprudencial de cada una de las dos

posibilidades expuestas.

4.2.1. Criterio de la mayoría de edad

Es este el criterio de temporalización más riguroso de la atribución del uso de la vivienda familiar con la concurrencia de hijos, pues fija un límite concreto que extinguirá el derecho⁹⁸.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de diciembre de 2014⁹⁹ opta por este criterio, decidiendo la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por el cumplimiento de la mayoría de edad por parte de la hija. Considera en su Fundamento de Derecho segundo que “una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación de hijo no resulta factor determinante para la adjudicación del uso de dicha vivienda, puesto que dicha necesidad, del mayor de edad, habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes [...]. Por tanto, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en estos artículos, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir”.

En caso de que sea el convenio regulador el que recoja esta medida en lugar de la decisión judicial, las consecuencias serían las mismas: la extinción del derecho cuando los hijos cumplan la mayoría de edad. Así, la Audiencia Provincial de Cádiz toma esta medida en su Sentencia de 20 de marzo de 2015¹⁰⁰. En este caso los cónyuges habían llegado a un acuerdo, recogido en el convenio regulador homologado judicialmente, según el cual la vivienda se atribuía al hijo menor y a la madre hasta la mayoría de edad de éste, momento en el cual la vivienda se pondría en venta para repartir el precio que se obtuviera. El Tribunal alude a la fuerza de ley que los contratos tienen entre las partes, y decide por tanto la extinción del derecho de uso y la consiguiente venta de la vivienda.

⁹⁸ CARRERAS MARAÑA, J.M., *op. cit.*, pág. 98.

⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) número 1091/2014, de 16 de diciembre (JUR 2015\49945).

¹⁰⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) número 133/2015, de 20 de marzo (JUR 2015\127066).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de julio de 2015¹⁰¹ nos muestra otro caso de extinción del derecho de uso por la mayoría de edad de los hijos. Considera que el derecho de uso de la vivienda familiar debe ser extinguido pues la esposa ya ha disfrutado de dicho uso durante un largo período de tiempo y los hijos cumplieron la mayoría de edad hace muchos años, habiendo continuado “de facto” el uso del domicilio sin que quepa ya motivo alguno para su mantenimiento. Dice en su Fundamento de Derecho tercero que “no existe base para conceder este derecho por ser su interés necesitado de protección superior frente al del actor. Los ingresos de la esposa son superiores a los del apelante [...], sin que el hecho de que pudiera subsistir un derecho de alimentos del hijo de 34 años de edad se pueda tener en cuenta en la valoración del interés de su madre, ya que una vez alcanzada la mayoría de edad el derecho de alimentos puede ser satisfecho por los padres mediante una pensión, y no necesariamente mediante la cesión de una vivienda”.

La Audiencia Provincial de Barcelona también opta por esta limitación temporal en su Sentencia de 27 de julio de 2016¹⁰². Decide extinguir el derecho de uso de la vivienda que fue atribuido al hijo y a la madre como consecuencia de la mayoría de edad del hijo. La esposa en este caso dispone de un trabajo estable y de ingresos suficientes. Al ser la vivienda parte del patrimonio de la sociedad legal de gananciales, la Audiencia considera que mediante la venta de la vivienda la madre conseguirá suficientes recursos para residir en otra vivienda. El hijo, por su parte, podrá vivir con uno u otro progenitor y recibirá la correspondiente pensión de alimentos.

4.2.2 Criterio de la independencia económica, la suficiente formación o la continuación de la causa que motivó la atribución del derecho de uso.

Otra posibilidad es que se limite el derecho de uso de la vivienda familiar en el momento en que los hijos alcancen la independencia económica. De esta forma continuarán en el uso de la vivienda, junto al progenitor con el que convivan, hasta que les sea posible vivir por su cuenta, momento en el que habrán superado la situación de

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) número 398/2015, de 10 de julio (JUR 2016\41296).

¹⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) número 608/2016, de 27 de julio (JUR 2016\236761).

necesidad y deberán abandonar la vivienda. Se hace frente así al problema de los hijos mayores de edad pero dependientes económicamente entre esos años que median desde la mayoría de edad hasta que efectivamente terminan su formación y pueden acceder a un empleo.

Ya en 1993, la Audiencia Provincial de Asturias, de 9 de diciembre¹⁰³, decide limitar el derecho de uso de la vivienda familiar en el momento en que los hijos mayores de edad alcancen la independencia económica. Dice esta Sentencia en el Fundamento de Derecho primero que el Código Civil, al regular la atribución del uso de la vivienda familiar, se basa en el criterio de asignarlo al interés más necesitado de protección, y que en este caso claramente es el de la esposa, pues convive con los dos hijos aún dependientes económicamente, mientras que el padre dispone de su propia vivienda. Decide por tanto mantener a la esposa y a los hijos en el uso de la que fue vivienda familiar.

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de abril de 2000¹⁰⁴ decide aplicar este criterio. La vivienda había sido atribuida a la esposa y a la hija menor de edad, que padecía enfermedad mental. En este caso no se tiene en cuenta la mayor o menor de edad de la hija, sino su incapacidad, que hace que su interés sea en todo caso el más necesitado de protección. Considera la Audiencia que, al ser permanente la dolencia de la hija no puede limitarse el derecho de uso de la vivienda familiar, pues no se prevé que vaya a cesar su situación de necesidad. Decide por tanto la atribución de uso de forma permanente atendiendo a las circunstancias. Es este un claro ejemplo en el que para decidir la limitación temporal del derecho de uso (que en este supuesto no se fija) se atiende a las especiales circunstancias del caso concreto para prever así cuando cesará la causa que motivó la atribución del derecho de uso, cuestión que marcará su limitación en el tiempo.

En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Cantabria en su

¹⁰³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de diciembre de 1993 (AC 1993\2440).

¹⁰⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 13 de abril de 2000 (AC 2000\1091).

Sentencia de 24 de abril de 2000¹⁰⁵. La vivienda familiar había sido atribuida a la esposa y al hijo, que padecía una minusvalía reconocida del 45 por ciento. Esta enfermedad crónica le hacía precisar de cierta ayuda de forma regular, la cual era prestada por la madre con la que convivía. Esto conlleva que el hijo tuviera serias dificultades de acceso al mercado laboral que, unido al hecho de que percibía una pensión de escasa cuantía, le pone en una situación de clara necesidad difícilmente superable. Decide la Audiencia revocar el límite temporal que se había puesto al derecho de uso de la vivienda familiar, fijado en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, para hacerlo depender de “la subsistencia en el tiempo de las circunstancias destacadas que prefiguran el interés prevalente y más necesitado de protección” (Fundamento de Derecho tercero), por lo que la esposa y el hijo continuarán en el uso de la vivienda mientras el hijo siga a su cuidado y se mantengan las mismas condiciones económicas. Como vemos aquí también se está limitando el derecho de uso de la vivienda al momento en el que consiga superarse la situación de necesidad, es decir, se fija el límite temporal en el momento en el que cese la causa que justificó la atribución del derecho de uso.

Por último, la Sentencia de 19 de junio de 2014 de la Audiencia Provincial de Almería¹⁰⁶ nos muestra un ejemplo de limitación temporal atendiendo a la formación del hijo. En este caso la vivienda había sido atribuida a la esposa y al hijo, menor de edad entonces, y mayor de edad ahora pero dependiente económicamente. El hijo trabajó durante cuatro meses en verano, para después matricularse en Bachillerato, cuyo título precisaba para poder presentarse a unas oposiciones. Decide la Sentencia, en su Fundamento de Derecho tercero, que “procede limitar temporalmente la atribución hasta que el hijo conviviente alcance independencia económica con posibilidad de acceso al mercado laboral una vez que haya completado su formación y, en todo caso, transcurridos tres años desde la fecha, se extinguirá ese uso atribuido a la madre y al hijo”.

¹⁰⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª) número 216/2000, de 24 de abril (JUR 2000\209391).

¹⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) número 164/2014, de 19 de junio (JUR 2014\202884).

5. Vivienda perteneciente a terceros

La atribución del uso de la vivienda familiar extiende sus efectos frente a terceros, en particular en los supuestos de terceros que han cedido el uso de la vivienda a través de un contrato, pues la atribución del uso de la vivienda no altera la situación jurídica creada.

Este contrato que regula la cesión de la vivienda puede ser oneroso (de arrendamiento) o gratuito, como en el supuesto típico de que los padres de uno de los cónyuges hayan prestado una vivienda al matrimonio. También puede ocurrir que no mediara contrato alguno, sino que la familia se encontrase residiendo en esa residencia en precario¹⁰⁷.

5.1 Vivienda arrendada

Sobre este aspecto se pronuncia la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 15, que dispone lo siguiente: “En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se le haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato”. El único requisito que indica este artículo es la comunicación al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de esta resolución judicial o, por lo menos, de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.

En relación con esta obligación de comunicación al arrendador, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 20 de septiembre de 2000¹⁰⁸ nos muestra un caso en el que el arrendador instaba la extinción del contrato de arrendamiento sobre la base de la existencia de una cesión ilegal por parte del esposo, que había abandonado la

¹⁰⁷ CARRERAS MARAÑA, J.M., *op. cit.*, pág. 172.

¹⁰⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) número 229/2000, de 20 de septiembre (AC 2000\4631).

vivienda, quedando en su uso la esposa y el hijo, sin que dicha cesión fuera comunicada al arrendador. Entiende la Sala que para la aplicación del artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos resulta indiferente que el contrato tenga carácter ganancial o no, sino que lo determinante es quién contrata y la protección del cónyuge que quede en uso de la vivienda por disposición judicial. Concluye que la falta de comunicación no puede en ningún caso suponer la extinción del contrato, sino que solo comporta que el cónyuge beneficiario deba asumir los efectos perjudiciales que pueda causar una sentencia de desahucio, al serle imputable la falta de conocimiento por el arrendador de que el uso de la vivienda le ha sido atribuido judicialmente.

Lo que supone el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para algunos autores es la subrogación en el contrato del cónyuge al que se le atribuye el derecho de uso, sin que se genere un título distinto. Por tanto, la efectividad de este derecho está subordinada a la vigencia del contrato de arrendamiento, que no tendrá la obligación de prolongarse por esta atribución¹⁰⁹.

Sin embargo, hay otros autores que sostienen que en estos casos no concurre cesión ni subrogación en el contrato, sino que se trata de una mera atribución judicial del uso de la vivienda, por lo que la asignación del derecho de uso a uno de los cónyuges y a los hijos si los hay no comporta la introducción de alguien que no estaba en el uso de la vivienda, sino que se produce la exclusividad de éste en el disfrute, que antes de la separación era compartido¹¹⁰.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de 15 de septiembre de 2005 de la Audiencia Provincial de Madrid¹¹¹, que considera que en ningún caso se puede considerar que esta atribución de uso comporte la subrogación en el contrato de arrendamiento. Dice en su Fundamento de Derecho segundo que “el actual artículo 15 LAU 1994 no altera en modo alguno esa naturaleza, de modo que sigue sin haber ningún tipo de cesión o subrogación. Consecuencia de lo expuesto es que la comunicación contenida en la misma norma no tiene otros efectos que los legitimadores sin producir transferencia de

¹⁰⁹ UREÑA MARTÍNEZ, M. y CARRASCO PERERA, A. (coord.), *op. cit.*, pág. 233.

¹¹⁰ CARRERAS MARAÑA, J.M., *op. cit.*, pág. 198.

¹¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) número 490/2005, de 15 de septiembre (JUR 2005\219775).

derechos contractuales”.

En la misma línea se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 27 de febrero de 2002¹¹². Considera en su Fundamento de Derecho primero que la doctrina y jurisprudencia vienen sosteniendo que, con independencia de cuál de los cónyuges sea el titular del contrato de arrendamiento, la atribución de la vivienda a uno de ellos no es más que el derecho a usarla y disfrutarla en exclusiva. Este derecho, por tanto, “no modifica la titularidad del contrato, ni las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, ni de ningún modo supone una cesión a los efectos del art. 24 LAU que exija el consentimiento del arrendador”. Por tanto, el arrendatario continuará siendo el que lo era con anterioridad a la crisis matrimonial, aunque se le estará privando de su derecho a usarla, sin que desaparezca la relación contractual, pues seguirá siendo quien asuma las obligaciones frente al arrendador.

En cualquier caso, exista subrogación o no, lo que se está tratando es de que el cónyuge y los hijos beneficiarios del derecho de uso de la vivienda familiar puedan ejercer este derecho con independencia de la titularidad del contrato de arrendamiento.

5.2 Vivienda perteneciente a los padres de alguno de los cónyuges

Frecuentemente la vivienda que se utiliza como familiar no es propiedad de ninguno de los cónyuges, sino de un familiar cercano de alguno de ellos, habitualmente los padres, que han cedido de forma gratuita su uso al matrimonio. Surge entonces la pregunta de qué ocurre en caso de que esta vivienda sea atribuida al cónyuge que no es hijo de los propietarios.

La doctrina y jurisprudencia giran en torno a dos posibles soluciones: considerar este uso como una situación de precario o aceptar la existencia de un contrato de comodato. Según se adopte una u otra solución, las consecuencias serán muy distintas para las partes, pues en situación de precario los suegros tendrían derecho a recuperar el uso de la vivienda en cualquier momento mientras que, en situación de comodato, no pueden

¹¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) de 27 de febrero de 2002 (AC 2002/978).

recuperar la posesión hasta transcurrido cierto tiempo¹¹³.

Según indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de abril de 2015¹¹⁴, “el contrato de comodato comporta la exigencia de que se pacte su duración o, en su caso, el uso que se ha de dar a la cosa prestada, cubierto el cual cesa el derecho a poseer del comodatario” (Fundamento de Derecho cuarto). Por tanto, el comodato se establece o bien con una duración determinada o bien con un uso determinado, mientras que el precario se mantiene sólo durante el tiempo que lo consiente el propietario, sin que pueda prorrogarse en contra de su voluntad, pues no se pacta con plazo de duración.

En el caso que nos ocupa, como veremos con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede establecerse una regla general, pues cada caso ha de analizarse de forma individual teniendo en cuenta el modo en que surgió la relación jurídica.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005¹¹⁵ se nos muestra un caso en el que el propietario de la vivienda había cedido su uso a su hijo para que la utilizara como vivienda familiar y ahora, producida la crisis matrimonial y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, pretende reclamar la posesión. El Tribunal Supremo considera que para solucionar este tipo de reclamaciones habrá que examinar si existió un contrato entre el progenitor y el matrimonio, y aplicar los efectos de este contrato. En caso de que no existiera tal contrato, la situación de la esposa sería de precarista. La esposa alegaba que, a pesar de que no existiera ningún contrato, debía protegerse a la familia mediante la continuación del derecho de uso. Considera el Tribunal que esta postura es aceptable cuando se trata de relaciones entre cónyuges, pero que no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el procedimiento matrimonial. Al no verse afectada la titularidad de la vivienda por la sentencia de separación o divorcio, considera que la esposa se encuentra en situación de precario y el propietario puede recuperar su posesión.

¹¹³ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, pág. 102.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 214/2015, de 23 de abril (RJ 2015\1209).

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 1022/2005, de 26 de diciembre (RJ 2006\180).

En la Sentencia de 14 de julio de 2010¹¹⁶ el Tribunal Supremo sigue insistiendo en el hecho de que “la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia” (Fundamento de Derecho tercero). Considera que en este caso tampoco la esposa, a la que se le había atribuido el uso de la vivienda, no disponía de un contrato de comodato, pues no se daban los elementos característicos de este contrato, por lo que la posesión de la vivienda por parte de la demandada lo era a título de precario.

6. Atribución conjunta con división de la vivienda

Aunque no son muchos los casos en los que sea posible la atribución conjunta, en determinados supuestos puede mantenerse el uso compartido de la vivienda en atención a especiales circunstancias, siempre que exista una posibilidad de convivencia entre los litigantes y si es posible la división física de la vivienda¹¹⁷.

Ahora bien, la jurisprudencia nos muestra que sin la concurrencia de estos dos requisitos de posibilidad de convivencia y posibilidad física de división, la atribución conjunta del uso de la vivienda familiar resulta inviable. Parece lógico pensar que los cónyuges que mantienen una mala relación entre ellos no pueden compartir una vivienda, aunque ésta se divida, pues la convivencia sería fuente de conflictos constantes. Menos recomendable aún resultaría esta atribución conjunta si la relación entre los cónyuges fuera mala y hubiera hijos menores, pues los conflictos de los progenitores harían que esta solución no resultara adecuada para la protección del interés del menor.

Además, la vivienda debe ser susceptible de división física. Esto quiere decir que la

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 433/2010, de 14 de julio (RJ 2010\6041).

¹¹⁷ CARRERAS MARAÑA, J.M., *op. cit.*, pág. 117.

vivienda tiene que reunir unas características tales que permitan la vida separada de los cónyuges y, de ser posible, que cuente con dos entradas independientes.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012¹¹⁸ formula como doctrina jurisprudencial lo siguiente: “Cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 del Código Civil, es decir, la protección del interés del menor, y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad” (Fundamento de Derecho cuarto). En el caso de la Sentencia la vivienda contaba con tres plantas, y era de propiedad exclusiva del marido. Se decide la redistribución de espacios del inmueble, adjudicando una parte de la vivienda al esposo y propietario, pues considera que de esta forma se protege el interés de los menores y también del marido, ya que no se le puede privar de su derecho de uso y disfrute por ser el titular y no causar perjuicio a los menores.

También la Audiencia Provincial de Málaga se decide por la atribución conjunta con división de la vivienda en la Sentencia de 30 de abril de 2014¹¹⁹. En este caso el domicilio familiar había sido adjudicado a la esposa y a los hijos, pero se produjo un cambio de circunstancias porque sólo estaban ocupando la planta primera, dejando la planta baja deshabitada. Considera la Audiencia que la planta baja no está cumpliendo entonces el destino para el que fue atribuida, y que puede por tanto dejarse al esposo. Queda acreditado que es posible y útil la división, por reunir ambas viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad, disponiendo las dos de entradas independientes.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 30 de junio de 2006¹²⁰ nos muestra otro ejemplo de división de la vivienda, pues ambos habían convivido en el mismo edificio durante un período de tiempo, sin que se hubiera producido conflicto alguno. En este caso el marido explotaba el bar de la planta baja del edificio en que se

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 262/2012, de 30 de abril (RJ 2012\5235).

¹¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) número 305/2014, de 30 de abril (JUR 2014\281933).

¹²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2) número 280/2006, de 30 de junio (JUR 228603).

encontraba la vivienda familiar, pernoctando también en él desde su salida del domicilio, sin que se haya producido ningún conflicto. En la primera planta existía una vivienda que comunicaba con el bar, que había sido utilizada como trastero antes de que se produjera la crisis matrimonial. Los hijos y la madre, desde la ruptura del matrimonio, habían vivido en la planta segunda, sin que utilizaran la primera como alojamiento. Considera por ello la Audiencia que sus necesidades de alojamiento quedan cubiertas con la segunda planta, y que el esposo puede utilizar como vivienda la primera por no disponer de otro lugar en el que residir.

Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 23 de febrero de 2009¹²¹ decide no atribuir la vivienda de forma conjunta por considerar que no se cumple el requisito necesario de posibilidad de convivencia. Afirma esta Audiencia Provincial en el Fundamento de Derecho séptimo que “la atribución del uso y disfrute de la vivienda al cónyuge que tenga atribuida la custodia de los hijos comprende la totalidad del espacio físico que en su momento constituyó el hogar familiar, sin que sea posible ni aconsejable hacer una distinción por zonas de la misma para su aprovechamiento autónomo, [...] situación no prevista legalmente y fuente evidente de futuros conflictos”. Si existe una mala relación entre los cónyuges, la división de la vivienda puede suponer problemas futuros que desestabilicen a los menores y que causen nuevos pleitos, por lo que este requisito de posibilidad de convivencia pacífica debe cumplirse necesariamente para la protección de los hijos menores.

Lo mismo ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de mayo de 2008¹²², pues la vivienda estaba formada por dos pisos que se unificaron en uno durante la vigencia del matrimonio, pero considera la Audiencia que su división sería contraproducente por la evidente tensión existente entre los cónyuges.

El otro requisito que debe cumplirse para que se opte por esta atribución conjunta es el de la posibilidad física de división de la vivienda. Así. La Audiencia Provincial de

¹²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª) número 63/2009, de 23 de febrero (JUR 2009\188374).

¹²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) número 345/2008, de 28 de mayo (JUR 2008\274893).

Málaga decide en su Sentencia de 30 de noviembre de 2006¹²³ desestimar la pretensión de la esposa de dividir la vivienda, por no haberse aportado prueba alguna de que exista dicha posibilidad. No queda acreditado en este caso que la distribución superficial de la vivienda fuera igualitaria ni en superficie ni en número de dependencias, a fin de poder dividirla en dos unidades habitables, a lo que se suma el hecho de que solo cuenta con una cocina y con un cuarto de baño. La división de la vivienda conllevaría en este caso un gasto desproporcionado, lo que hace inadecuada su estimación.

7. La posibilidad de venta de la vivienda

Por último, podría hablarse la posibilidad de no atribución del uso de la vivienda a ninguno de los cónyuges por considerar el Juez que lo más conveniente para el caso concreto sea la venta de la vivienda y, con la suma que se obtenga, la compra o arrendamiento de dos viviendas, una para cada uno de los ellos. También puede ocurrir que se atribuya el uso a uno de los cónyuges durante un tiempo determinado, transcurrido el cual, se proceda a la venta de la vivienda. Estas decisiones no suelen ser adoptadas por los Tribunales, prefiriendo en circunstancias normales que uno de los cónyuges quede en uso de la vivienda o que ésta sea atribuida de forma conjunta y alternativa.

Sin embargo, esta modalidad está bien vista por la doctrina, que considera que se presenta como la opción más ventajosa para ambos cónyuges en los supuestos en los que la vivienda está gravada con cargas hipotecarias, casi imposibles de asumir para una familia que acaba de romper su convivencia y está tratando, con los mismos ingresos, de formar nuevas familias monoparentales con grandes gastos a su vez¹²⁴.

Un ejemplo de esta modalidad lo encontramos en la Sentencia de 30 de mayo de 2002¹²⁵. En este caso, los cónyuges se separan con una hija ya independiente económicamente, y el uso de la vivienda familiar es atribuido a la esposa, que convive

¹²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) número 641/2006, de 30 de noviembre (JUR 2007\163777).

¹²⁴ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., *op. cit.*

¹²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) número 337/2002, de 30 de mayo (AC 2002\1278).

con la hija. Al ser la hija independiente, no se tiene en cuenta a la hora de la atribución. En la Sentencia de Primera Instancia se decide que esta atribución de uso se haga temporalmente, hasta que se produzca la venta de la vivienda. La Audiencia Provincial de Alicante se encarga de concretar este límite temporal para evitar los inconvenientes que puede producir dejarlo a la voluntad de las partes. Fija este plazo en un año desde la fecha de la resolución, considerando que este período es suficiente para poder vender la vivienda en condiciones favorables.

Esta opción también se aprecia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 29 de junio de 2005¹²⁶. La vivienda familiar es en esta ocasión propiedad por mitades indivisas de ambos cónyuges litigantes, y ambos efectuaron en documento privado un pacto por el cual acordaron que en caso de crisis matrimonial la casa debía venderse. Decide esta Audiencia que lo menos perjudicial para los hijos menores es que dicho pacto se lleve a cabo, “por cuanto se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores porque ello constituiría una fuente continuada de problemas entre ambos” (Fundamento de Derecho quinto). Como lo que se trata es de crear un ambiente estable para el menor y en este caso se presume que la atribución conjunta del uso de la vivienda familiar generaría conflictos, decide no realizar ninguna atribución y que los progenitores lleven a cabo el plan que tenían: vender la propiedad y, con lo que obtuvieran, comprar o arrendar dos viviendas para convivir con los hijos menores, cada uno durante la estancia que le corresponda.

También para la Audiencia Provincial de Valladolid es ésta una opción recomendable en ciertos casos, como vemos en la Sentencia de 13 de diciembre de 2011¹²⁷. En esta ocasión, existiendo hijos menores, la Audiencia considera conveniente la atribución limitada temporalmente para que después se proceda a la venta de la vivienda. Dice en su Fundamento de Derecho segundo que el artículo 96 no prohíbe efectuar limitaciones en el tiempo, y que éstas pueden estar justificadas cuando tienen por finalidad adaptar la situación económica de la familia a la nueva situación.

¹²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) número 291/2005, de 29 de junio (JUR 2005\19019).

¹²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) número 377/2011, de 12 de diciembre (AC 2012\224).

Como vemos, la posibilidad de venta de vivienda, o de atribución temporal para después proceder a su venta, es considerada como una buena opción por algunas Audiencias, pues permite a los cónyuges llevar vidas independientes, evitando los posibles problemas que pudieran surgir en caso de atribución prolongada. Si así quedan cubiertas las necesidades de vivienda del cónyuge más necesitado de protección y de los hijos menores, se presenta esta modalidad como una buena solución en la atribución de uso y como una buena manera de evitar futuros pleitos.

CONCLUSIONES

En este trabajo se han analizado los criterios que tienen en cuenta nuestros tribunales para la atribución del uso de la vivienda familiar tras las crisis matrimoniales en las diferentes circunstancias que pueden concurrir en las familias. Mediante este análisis se han podido obtener las siguientes conclusiones:

- I. El Código Civil español no ofrece ninguna definición de vivienda familiar, por lo que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Por tanto, para su definición habremos de acudir a la jurisprudencia y a la doctrina. El análisis de diferentes definiciones aportadas tanto por el Tribunal Supremo como por la doctrina nos permite afirmar que la vivienda familiar es un bien no patrimonial donde se asienta la familia con vocación de permanencia para la satisfacción de sus necesidades primarias, la protección de su intimidad y el cumplimiento de las obligaciones familiares, con independencia de quién sea su titular. Además, la vivienda familiar cumple con la función de localización de la familia frente a terceros. La doctrina mayoritaria tiende a considerar vivienda familiar sólo la habitual, excluyendo del concepto las segundas residencias.
- II. La jurisprudencia no se muestra unánime respecto a la delimitación de los elementos que componen la vivienda familiar. Algunas Audiencias consideran que los anexos, como garajes o trasteros, forman parte de la vivienda. Otras, sin embargo, excluyen los anexos del concepto o limitan su pertenencia a la vivienda familiar, dependiendo del uso anterior que se les haya dado o la posibilidad de aprovechamiento independiente.
- III. Una vez producida la crisis matrimonial, en caso de que no existan hijos menores, el criterio general para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge reside en la determinación del interés más necesitado de protección, en virtud del artículo 96.3 del Código Civil. Para la determinación de este interés se tendrán en cuenta las circunstancias de cada caso para decidir cuál de los cónyuges se encuentra más necesitado de protección. Las circunstancias que más tienen en cuenta los tribunales para la determinación del interés más

necesitado de protección son los ingresos y capacidad económica de cada cónyuge y la posibilidad de disponer de otra vivienda.

- IV. Existiendo hijos menores con régimen de guarda y custodia exclusiva, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor en cuya compañía queden, en aplicación del artículo 96.1 del Código Civil, pues se considera que así se estará protegiendo su interés, que es el más necesitado de protección.
- V. Existiendo hijos menores con régimen de guarda y custodia compartida, la vivienda familiar puede atribuirse a los hijos menores, siendo los progenitores los que se desplacen a la misma durante los períodos que les corresponda estar en compañía de los hijos. También podrá decidirse la atribución de la vivienda al progenitor con el interés más necesitado de protección. En cualquier caso, especialmente cuando el régimen es de custodia compartida, la decisión sobre la vivienda familiar debe tomarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la familia.
- VI. En caso de que alguno de los hijos queden en compañía de uno de los progenitores y los restantes en la del otro, el Juez debe resolver lo que estima procedente, según dispone el Código Civil en su artículo 96.2. En este caso también debe acudir a la protección del interés de los hijos menores, por lo que se atenderá a las circunstancias concretas de cada caso, teniendo en cuenta aspectos como la capacidad económica de los progenitores, los deseos de los menores y el entorno que pueda proporcionarles cada progenitor.
- VII. La concurrencia de hijos mayores de edad no es tenida en cuenta por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia porque si persiste la necesidad de habitación del hijo deben aplicarse las normas de alimentos entre parientes. A pesar de ello, algunas Audiencias deciden tener en cuenta a los hijos mayores de edad a la hora de la atribución de la vivienda familiar, por considerar que el progenitor que conviva con ellos será el que tenga un interés más necesitado de protección.
- VIII. La atribución del uso de la vivienda puede ser limitada temporalmente para proteger el derecho de disposición que pueda corresponder a un tercero. Así,

superada la situación de necesidad que dio origen a la atribución de uso, la vivienda debe volver a la posesión de su titular para que éste pueda disponer de ella libremente. Se puede fijar esta limitación temporal desde el inicio del derecho de uso, o puede suspenderse el derecho una vez se pruebe que se ha superado la necesidad de protección.

- IX. En el caso de que la vivienda familiar haya sido arrendada a un tercero, el arrendamiento continuará vigente aunque se atribuya el uso a alguien distinto del titular del contrato. Si la vivienda pertenece a un tercero que la ha puesto a disposición de la familia, puede considerarse como una situación de precario, y los propietarios la podrán recuperar a pesar de la atribución de uso; o podrá considerarse un contrato de comodato, en cuyo caso los propietarios no podrán recuperar la posesión hasta que transcurra cierto tiempo.

- X. Si la vivienda familiar reúne unas condiciones tales que permite su división en dos viviendas independientes, hay tribunales que han optado por atribuir su uso de forma conjunta mediante la división de la vivienda. En cualquier caso, esta opción no suele ser tenida en cuenta en la práctica por la posibilidad de que genere futuros conflictos.

- XI. También en ocasiones los tribunales han decidido no atribuir el uso de la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges y proceder a la venta de la vivienda para, con la cantidad que se obtenga, comprar o arrendar dos viviendas, una para cada cónyuge. Esta decisión no suele tomarse en la práctica, pero sí está bien vista por la doctrina, que la considera la opción que mejor protege los intereses de los cónyuges en los supuestos en los que la vivienda se encuentra gravada con cargas hipotecarias.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Edit. Bercal, 2011.
- BERROCAL LANZAROT, A., “Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida”, en *La Ley*, 4561/2014.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos*, Ed. Dilex, 2006.
- CARRERAS MARAÑA, J.M., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar”, en *Derecho Inmobiliario: problemática actual. Tomo 1*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Edit. Tecnos, 2006.
- ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Edit. PPU, Barcelona, 1992.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”, en *La Ley*, 12968/2009.
- LASARTE, C., *Derecho de Familia*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Edit. Bosch, 2011.
- PIZARRO MORENO, E. y PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (coord.), *Derecho de Familia*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- UREÑA CARAZO, B. “Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente”, en *La Ley* 5532/2015.
- UREÑA MARTÍNEZ, M. y CARRASCO PERERA, A. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Edit. Tecnos, 2013.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994\10330).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1085/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996\9020).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1067/1998, de 23 de noviembre (RJ 1998\8752).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 1022/2005, de 26 de diciembre (RJ 2006\180).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 433/2010, de 14 de julio (RJ 2010\6041).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) número 624/2011, de 5 de septiembre (RJ 2011\5677).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 262/2012, de 30 de abril (RJ 2012\5235).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 340/2012, de 31 de mayo (RJ 2012\6550).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 193/2013, de 15 de marzo (RJ 2013\2174).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 593/2014, de 24 de octubre (RJ 2014\5180).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 214/2015, de 23 de abril (RJ 2015\1209).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 741/2016, de 21 de diciembre (RJ 2016\6275).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 117/2017, de 22 de febrero (RJ 2017\1079).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 142/2017, de 1 de marzo (RJ 2017\608).

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección Única) número 33/2003, de 22 de septiembre (RJ 2003\7128).

Sentencias y Autos de Audiencias Provinciales:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de diciembre de 1993 (AC 1993\2440).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª) número 101/1998, de 19 de febrero (AC 1998\3968).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) número 88/1998, de 23 de marzo (AC 1998\410).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 30 de marzo de 1998 (AC 1998\4031).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), de 31 de julio de 1998 (AC 1998\6186).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 28 de febrero de 2000 (AC 2000\2973).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) número 107/2000, de 28 de febrero (AC 2000\649).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) número 127/2000, de 10 de abril (AC 2000\2865).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 13 de abril de 2000 (AC 2000\1091).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª) número 216/2000, de 24 de abril (JUR 2000\209391).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 1 de septiembre de 2000 (AC 2000\1478).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) número 229/2000, de 20 de septiembre (AC 2000\4631).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) de 27 de febrero de 2002 (AC 2002\978).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 3ª) número 270/2002, de 25 de marzo (JUR 2002\130446).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) número 337/2002, de 30 de mayo (AC 2002\1278).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) número 648/2002, de 22 de noviembre (JUR 2003\100865).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª) número 7/2003, de 10 de enero (AC 2003\283).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), número 365/2003, de 2 de septiembre (JUR 2004\ 4715).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), número 365/2003, de 2 de septiembre (JUR 2004\ 4715).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) número 134/2004, de 16 de abril (JUR 2004\147048).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) número 492/2004, de 15 de junio (JUR 2004\216455).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) número 184/2004, de 22 de septiembre (JUR 2004\295494).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª) número 18/2005, de 8 de febrero (JUR 2005\145636).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) número 70/2005, de 6 de abril (JUR 2005\99710).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) número 197/2005, de 21 de abril (JUR 2005\129327).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) número 291/2005, de 29 de junio (JUR 2005\19019).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7ª, Melilla) número 83/2005, de 1 de septiembre (JUR 2005\228944).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) número 490/2005, de 15 de septiembre (JUR 2005\219775).
- Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) número 113/2005, de 10 de octubre (JUR 2005\26195).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª) número 289/2006, de 20 de junio (JUR 2006\225933).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2) número 280/2006, de 30 de junio (JUR 228603).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) número 603/2006, de 30 de octubre (JUR 2007\133818).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) número 251/2006, de 28 de noviembre (JUR 2007\13961).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) número 641/2006, de 30 de noviembre (JUR 2007\163777).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) número 696/2006, de 20 de diciembre (JUR 2007\143259).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) número 118/2007, de 23 de marzo (JUR 2007\202828).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª) número 198/2007, de 14 de mayo (JUR 2007\288552).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) número 317/2007, de 22 de junio (JUR 2007\320462).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª) número 293/2007, de 13 de septiembre (JUR 2008\70379).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) número 9/2008, de 16 de enero (JUR 2008\99482).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) número 345/2008, de 28 de mayo (JUR 2008\274893).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) número 469/2008, de 4 de julio (JUR 2008/390189).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª) número 63/2009, de 23 de febrero (JUR 2009\188374).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª) número 146/2009, de 16 de abril (JUR 2009\28411).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) número 750/2009, de 2 de noviembre (JUR 2010\45532).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) número 556/2009, de 27 de noviembre (JUR 2010\43564).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) número 42/2010, de 3 marzo (JUR 2010\144526).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), número 268/2010, de 3 de marzo (JUR 2010\166007).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) número 377/2011, de 12 de diciembre (AC 2012\224).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) número 1322/2012, de 28 de noviembre (JUR 2013\34927).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) número 126/2013, de 15 de marzo (JUR 2013\168992).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) número 345/2013, de 20 de septiembre (JUR 2013\351168).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) número 305/2014, de 30 de abril (JUR 2014\281933).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) número 312/2014, de 22 de mayo (JUR 2014\279957).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) número 164/2014, de 19 de junio (JUR 2014\202884).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) número 661/2014, de 8 de julio (JUR 2014\245803).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) número 1091/2014, de 16 de diciembre (JUR 2015\49945).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) número 133/2015, de 20 de marzo (JUR 2015\127066).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) número 398/2015, de 10 de julio (JUR 2016\41296).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) número 225/2016, de 3 de mayo (JUR 2016\10579).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) número 608/2016, de 27 de julio (JUR 2016\236761).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) número 37/2017, de 12 de enero (JUR 2017\71161).

Sentencias de Juzgados de Primera Instancia:

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Gijón (Provincia de Asturias), de 3 de octubre de 2008 (AC 2008\1963).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla 223/2011, de 8 de abril (AC 22011\509).