

**TRABAJO FIN DE GRADO**  
**GRADO EN DERECHO**

eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

***Extinción del derecho de uso de la vivienda  
familiar por convivir en la misma con un  
tercero (Análisis de la STS de 20 de noviembre  
de 2018)***

---

**REALIZADO POR:**

**MARTA OTERO TORRECILLAS**

**CURSO ACADÉMICO 2018-2019**

**DIRIGIDO POR:**

**ISABEL HERNANDO COLLAZOS**

**CONVOCATORIA DE MAYO**

## INDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR .....</b>	<b>5</b>
<b>2.2. ANÁLISIS DEL ART. 96 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU INTERPRETACIÓN     JURISPRUDENCIAL EN EL SUPUESTO DE CUSTODIA MONOPARENTAL.....</b>	<b>7</b>
<b>2.2.1.EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD O         INCAPACITADOS.....</b>	<b>8</b>
<b>2.2.2. EXISTENCIA DE HIJOS MAYORES DE EDAD.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2.3. INEXISTENCIA DE HIJOS EN EL MATRIMONIO: CÓNYUGE         MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN.....</b>	<b>17</b>
<b>2.3. RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA EN LA ATRIBUCIÓN DE LA     VIVIENDA FAMILIAR .....</b>	<b>19</b>
<b>2.4. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LIMITACIÓN TEMPORAL DEL USO.</b>	<b>23</b>
<b>3. LOS CRITERIOS DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1. VIVIENDA FAMILIAR .....</b>	<b>27</b>
<b>3.2. INTERÉS DEL MENOR.....</b>	<b>31</b>
<b>3.3. PRUEBA DE CONVIVENCIA .....</b>	<b>35</b>
<b>4. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL SUPUESTO DE CRISIS MATRIMONIAL EN LA NORMATIVA DEL PAÍS VASCO. ....</b>	<b>37</b>
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>42</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>45</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

La adjudicación del derecho de uso del domicilio familiar en los supuestos de nulidad, separación o divorcio es uno de los aspectos más controvertidos. A pesar de que el artículo 96 del Código Civil recoge una serie de reglas para atribuir el mencionado derecho de uso, estas se encuentran un tanto obsoletas. Esta última afirmación se debe a que no han sido actualizadas desde 1981, por lo que ni siquiera se regulan los criterios aplicables a los supuestos de custodia compartida.

En este precepto se recoge la posibilidad de que la vivienda se atribuya a los hijos menores (y, por ende, al progenitor en cuya compañía queden) o incluso al cónyuge no titular de la vivienda si este fuera el más necesitado de protección. En ambos casos, el progenitor titular del inmueble (ya sea por ser privativo del mismo, cotitular o ganancial) se ve privado del uso y disfrute de la misma, además de tener que correr con los gastos que en su caso correspondan. Por tanto, y debido a la antigüedad de la redacción de este precepto, el Código Civil no prevé muchos de los supuestos que actualmente se están planteando.

En atención a ello, el presente trabajo se basa en la novedosa Sentencia del Tribunal Supremo núm. 641/2018 de 20 de noviembre de 2018<sup>1</sup> en la que el cónyuge no custodio interpone una demanda de modificación de medidas al entender que existe una variación esencial de las circunstancias. Fundamenta esta afirmación en el hecho de que convive un tercero (pareja sentimental de la custodio) en la vivienda que fue familiar, habiéndose atribuido el uso a los hijos menores y a la madre (por ostentar ésta la custodia exclusiva).

Así, el no custodio suplica, en virtud de lo recogido en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, lo siguiente: *"[Declarar] la extinción del derecho de uso de la vivienda que constituyo el domicilio familiar en favor de la madre con los hijos pudiendo las partes proceder a la venta de la misma o a su adjudicación a uno de ellos con el consiguiente abono al otro del importe correspondiente, y alternativamente y si no se estimase dicha pretensión principal se modifique la pensión de alimentos que el padre satisface reduciéndola a la suma de ciento veinticinco euros para cada uno de los hijos"*.

---

<sup>1</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección Pleno, núm. 641/2018, 20.11.2018, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ\2018\5086.

Oponiéndose a esta demanda, la mujer (custodio) solicitó que se desestimaran las pretensiones y, de forma subsidiaria, que se aumentara la cuantía de la pensión de alimentos de los hijos en el caso de que se limitara el uso y disfrute del domicilio familiar y/o se demostrara un notorio incremento de los ingresos del padre (no custodio).

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la pretensión del cónyuge no custodio, decretando de este modo la reducción del importe de la pensión de alimentos (se rebajó de 500€ a 400€). Sin embargo, decide mantener el derecho de uso asignado a los menores y a la madre.

El padre, ante dicha sentencia, interpuso recurso de apelación objetando que “*la sentencia no haya resuelto la extinción del derecho de uso de la que fue vivienda familiar por la entrada en la vivienda a convivir maritalmente con la demandada y sus hijos una tercera persona*”<sup>2</sup>. Alternativamente solicita que se limite el uso de la vivienda a un año, y de no admitirse tampoco esta última, suplica que se disminuya la cuantía de la pensión alimenticia a 150 euros por hijo (por tanto, a la suma de 300€).

A diferencia del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial de Valladolid declaró extinguido el derecho de uso de la vivienda familiar y anuló la rebaja de la pensión alimenticia decretada por el juzgado.

Contra esta última sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, el Ministerio Fiscal interpone recurso de casación alegando que se ha vulnerado el Artículo 96.1 del Código Civil. Considerando, asimismo, que “*debe primar el interés del menor, no el patrimonial de los progenitores*”<sup>3</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma lo expresado por la audiencia.

Para analizar cómo se ha llegado a esta solución he considerado conveniente examinar, en una primera parte, la visión jurisprudencial de lo que se venía entendiendo por vivienda familiar y la relevancia de los hijos al respecto. Tras realizar dichas precisiones y a raíz de la sentencia núm. 641/2018 de 20 de noviembre de 2018 del Tribunal Supremo<sup>4</sup>, he

---

<sup>2</sup> SAP de Valladolid, Sección 1ª, núm. 20/2018, 15.01.2018, ponente Francisco Salinero Román, Aranzadi JUR 2018\64717, FJ 1.

<sup>3</sup> STS, núm. 641/2018, Cit., nota 1, FJ 1.

<sup>4</sup> STS, núm. 641/2018, Cit., nota 1.

centrado la segunda parte de mi trabajo en los criterios marcados por el mismo respecto de la noción de vivienda familiar e interés del menor.

Finalmente, y después de haber examinado todos estos aspectos en base a la normativa estatal, he considerado oportuno proceder al estudio de la normativa vasca en esta materia, concretamente, sobre Ley 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, recalcando como la aplicación práctica que realizan los tribunales se asemeja a lo regulado en la misma.

## **2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR:**

### **2.1. VIVIENDA FAMILIAR. CONCEPTO.**

La vivienda familiar es un concepto que, a pesar de su trascendencia y de la especial protección que el ordenamiento le otorga, no ha sido definido legalmente. Así, el Tribunal Supremo entendió, en su ya lejana sentencia núm. 1199/1994 de 31 diciembre<sup>5</sup>, concretamente, en su Fundamento Jurídico Segundo, que se trata de un *“bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”*. Asimismo, en una posterior sentencia, el Tribunal Supremo se refiere a la vivienda familiar como *“el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”*<sup>6</sup>.

Más recientemente y en este mismo sentido, la sentencia núm. 340/2012 dictada por el Tribunal Supremo el 31 de mayo de 2012<sup>7</sup> considera vivienda familiar aquella *“que constituya la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia”* (Fundamento Jurídico Tercero).

---

<sup>5</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 1199/1994, 31.12.1994, ponente Jesús Marina Martínez-Pardo, Aranzadi RJ 1994\10330

<sup>6</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 1085/1996, 16.12.1996, ponente José Almagro Nosete, Aranzadi RJ 1996\9020, FJ 7.

<sup>7</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 340/2012, 31.05.2012, ponente Encarnación Roca Trías, Aranzadi RJ 2012\6550

Además, han de concurrir las condiciones de “*habitabilidad, habitualidad y familiaridad*”<sup>8</sup> para que la vivienda familiar sea calificada como tal, debiendo ser el lugar donde se lleva a cabo la convivencia y se realizan las tareas cotidianas.

La problemática aumenta, sin embargo, cuando existen dependencias anexas, cuando los cónyuges poseen varias viviendas o una segunda residencia.

En cuanto al primer supuesto, habrá que tener en cuenta si son susceptibles o no de aprovechamiento independiente. En caso negativo, estos elementos se considerarán integrados en el concepto de vivienda familiar, mientras que en caso contrario, la adjudicación de las dependencias se realizará mediante la liquidación del régimen económico.

Respecto del hecho de disponer varias residencias se concluye que solamente una podrá disponer de tal carácter. Esto sucede, entre otros casos, cuando por razones laborales de los progenitores o académicas de los hijos (ej. tener un domicilio mientras cursa el año educativo) se mantiene más de un domicilio al mismo tiempo.

Finalmente, las segundas residencias son aquellas viviendas en las que se habita de forma ocasional o aquellas que no responden a la finalidad de cubrir las necesidades ordinarias del día a día. En lo respectivo a esta situación, el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 284/2012 de 9 mayo de 2012<sup>9</sup> estableció doctrina jurisprudencial en el Fundamento Jurídico Cuarto en base a la cual “*en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar*”. Pese a ello, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5/2015 de 16 de enero de 2015<sup>10</sup> se admitió sustituir el uso de la vivienda familiar por otra que no ostentaba tal calificativo. En esta última sentencia, el cónyuge no custodio solicitaba que la madre y el menor se mudaran a la que había sido primeramente el

---

<sup>8</sup> TORRELLES TORREA, Esther; “*Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación*” en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.103/2017 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios; Editorial Civitas, Pamplona, 2017, pág. 2.

<sup>9</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 284/2012, 09.05.2012, ponente Encarnación Roca Trías, Aranzadi RJ 2012\5137.

<sup>10</sup> STS, Sección 1ª, núm. 5/2015, Sala de lo Civil, 16.01.2015, ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, Aranzadi RJ 2015\355.

domicilio familiar (de titularidad proindiviso de ambos), liberando así la vivienda que actualmente tienen adjudicada (de titularidad exclusiva del marido). Ante esta situación y en contra de la mencionada doctrina jurisprudencial, el Tribunal supremo considera que *“la finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del C.c, es la de proteger el interés del menor asegurándole en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda [familiar]. Pero ello no impide que en caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse al dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. Entendemos que si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y la madre”*<sup>11</sup>.

Por tanto y en definitiva, habrá de atenderse al caso concreto para determinar qué es lo que se entiende integrado dentro de la noción de vivienda familiar, ya que existe una gran variedad de supuestos.

## **2.2. ANÁLISIS DEL ART. 96 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL SUPUESTO DE CUSTODIA MONOPARENTAL.**

La determinación del uso de la vivienda familiar es uno de los principales problemas debido a que abandonar la vivienda supone un aumento considerable de los gastos económicos, ya que el cónyuge a quien no se le adjudique el uso del domicilio deberá hacer frente, entre otras cosas, al alquiler o compra de una nueva residencia, y, en su caso, al coste de la pensión alimenticia y de la pensión compensatoria.

Por ello, la atribución de la vivienda en los supuestos de nulidad, separación o divorcio es uno de los aspectos más litigiosos, estableciéndose en el artículo 96 del Código Civil una serie de criterios legales que regulan dicha asignación en las situaciones de crisis matrimoniales.

El legislador en este artículo prevé una serie de situaciones jurídicas, determinando para cada una de ellas un criterio de atribución. Así, los supuestos previstos son los siguientes:

---

<sup>11</sup> STS, núm. 5/2015, Cit., nota 10, FJ 3.

En primer lugar, se contempla la posibilidad de que los cónyuges lleguen a un acuerdo, debiendo ser este homologado por el juez. No obstante, la segunda situación considerada es aquella en la que dicho acuerdo no se logra, o que habiéndose alcanzado, no haya sido aprobado. Como tercer supuesto se tiene en cuenta la posibilidad de que habiendo multiplicidad de hijos, algunos queden bajo la compañía de uno y el resto bajo la guarda y custodia del otro. Finalmente, el párrafo tercero se centra en la posibilidad de que no existiendo descendencia común, el derecho de uso de la vivienda se adjudique al cónyuge no titular del inmueble.

Ha de recalarse que todas estas reglas se encuentran previstas, única y exclusivamente, para los casos en los que se establece el sistema de guarda y custodia monoparental. Este régimen de guarda consiste en adjudicar únicamente a uno de los progenitores la guarda y custodia de los menores, gozando el cónyuge no custodio “*del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*”, de acuerdo con lo recogido en el apartado primero del artículo 94 del Código Civil. Por tanto, en el supuesto de que se vaya a establecer dicha modalidad de custodia, el juez deberá hacerlo en favor del progenitor que “*ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, familiares, culturales y ambientales*”<sup>12</sup>.

### **2.2.1. EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS**

El apartado primero del artículo 96 del Código Civil establece que “*en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”.

Por tanto, este precepto otorga la posibilidad de que los cónyuges fijen en el convenio la “*atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar*”, tal y como se prevé en el artículo 90.1.c del Código Civil, ya que los mismos disponen de la facultad de regular las consecuencias de la nulidad, separación o del divorcio. No obstante, dicho acuerdo

---

<sup>12</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; “*Comentario al artículo 92 del Código Civil*” en Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil; Editorial Aranzadi, 2009, Recuperado de BIB 2009\5231, pág. 3.

únicamente será aprobado por el juez cuando no sea dañino para los hijos ni perjudique gravemente a uno de los cónyuges (Artículo 90.2 del Código Civil).

En el supuesto de que dicho acuerdo no se haya logrado o no haya sido homologado por el órgano judicial, será de aplicación la regla contenida en este primer apartado: “*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*”.

De esta regla se desprende la necesidad de que concurren dos presupuestos: la existencia de hijos comunes, y que los mismos se encuentren bajo la guarda y custodia de uno solo de los cónyuges (custodia monoparental).

Respecto de este mandato, el Tribunal Supremo entendió, en su Sentencia núm. 221/2011 de 1 abril de 2011<sup>13</sup>, exactamente en su Fundamento Jurídico Cuarto, que se trata de una “*regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras (...)*”, formulando en esta misma sentencia la siguiente doctrina: “*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC*”<sup>14</sup>.

Así, se concluye que lo que se pretende es proteger el interés superior del menor, garantizándose de esta manera la protección social, económica y jurídica de los hijos, tal y como se determina en el artículo 39 de la Constitución Española. Sin embargo, esta norma relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar no permite al juez valorar las circunstancias concretas de cada caso, provocando ello, en ocasiones, situaciones injustas, desproporcionadas y perjudiciales para el cónyuge no custodio.

Ejemplos de esta última afirmación pueden apreciarse en algunas de las sentencias de las audiencias provinciales, en las que la estricta aplicación e interpretación del Artículo 96.1 del Código Civil han dado lugar a resoluciones inaceptables:

---

<sup>13</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 221/2011, 01.04.2011, ponente Encarnación Roca Trías, Aranzadi RJ 2011/3139.

<sup>14</sup> STS, núm. 221/2011, Cit., nota 13, FJ 5.

La Audiencia Provincial de Zaragoza, en su Sentencia núm. 3/2001 del 2 enero de 2001<sup>15</sup>, examina un supuesto en el que los cónyuges no alcanzan un acuerdo respecto de la determinación del uso de la vivienda conyugal. En este caso, la parte que no ostenta la guarda y custodia de los hijos se encuentra *“privada de sus facultades motoras y de comunicación oral a consecuencia de accidente cerebrovascular sufrido por la misma [...], determinando una situación neurofuncional estabilizada e irreversible, que le hace dependiente de silla de ruedas y de ayuda de terceras personas para todas las actividades de la vida diaria [...]*”<sup>16</sup>, mientras que el progenitor custodio se encuentra en pleno uso de sus facultades.

No obstante, y pese a encontrarse el no custodio en una situación más necesitado de protección, el tribunal decidió atribuir el uso de la vivienda al custodio, tal y como prevé el Fundamento Jurídico Cuarto: *“por lo que atañe a la atribución del uso de la vivienda familiar, y ante la ausencia de acuerdo de los cónyuges litigantes, procede, [...], y en recta aplicación de lo preceptuado al respecto por el artículo 96 del Código Civil, declarar que tal uso corresponde a los mentados hijos del matrimonio y al padre de los mismos, en cuya compañía quedan”*. Haciendo, asimismo, hincapié en el hecho de que únicamente en el apartado tercero del Artículo 96 del Código Civil se tienen en cuenta las circunstancias personales y el interés más necesitado de protección, el cual no resulta de aplicación en el presente caso por tratarse del supuesto relativo a la inexistencia de hijos, tal y como se desprende del Fundamento Jurídico Cuarto al expresar el tribunal que dicha atribución debe realizarse *“sin que a ello obste la situación de invalidez de la Sra. G. M., ni la alegada, que no probada, condición de dicha vivienda como bien privativo de aquella, toda vez que tal circunstancia sólo opera en punto a decidir sobre dicha cuestión en el supuesto de inexistencia de hijos del matrimonio, según se deduce de la literalidad misma del párrafo tercero del mentado precepto del Código Civil, debiendo, en consecuencia, la Sra. G. M. dejar dicha vivienda para que la ocupen sus hijos y esposo, pudiendo llevar consigo su ropa y efectos personales que precise”*.

---

<sup>15</sup> SAP de Zaragoza, Sección 4ª, núm. 3/2001, 02.01.2001, ponente Eduardo Navarro Peña, Aranzadi JUR 2001\81391.

<sup>16</sup> SAP de Zaragoza, núm. 3/2001, Cit., nota 15, FJ 2.

Otra situación similar se enjuicia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, núm. 12/2003 del 10 de enero de 2003<sup>17</sup>, en el que el apelante solicita que se le adjudique “*la vivienda propiedad del matrimonio dada su especial situación, ya que se encuentra postrado en una silla de ruedas a consecuencia de una tetraplejia, resultándole imposible encontrar vivienda adaptada a su situación*”<sup>18</sup>, a lo que el tribunal responde de la siguiente manera: “*En cuanto al primero de sus pedimentos, es decir la atribución de la vivienda propiedad del matrimonio a su persona por no poder encontrar vivienda que reúna los especiales requisitos que debe reunir dada la situación en que se encuentra el apelante, esta SALA poco puede hacer, ya que como establece el Código Civil (LEG 1889, 27) , en su artículo 96, el uso de la vivienda ha de atribuirse a las menores y con ellas al cónyuge en cuya compañía queden*” (Fundamento Jurídico Segundo).

Atendiendo a todo lo expuesto hasta el momento, cabe deducir que el legislador entiende la atribución del uso de la vivienda como una forma de proteger el interés prevalente del menor, fundamentándose ello “*en la necesidad de evitar mayores perjuicios al menor, puesto que, si al impacto que ya de por sí supone la separación de los progenitores y el no convivir con uno de ellos, se une el tener que abandonar la vivienda familiar y con ella su entorno, el perjuicio para el menor podría ser mucho más grave y tendría unas consecuencias muy difíciles de reparar*”<sup>19</sup>.

No obstante, a mi juicio, el legislador prescinde de factores relevantes que deberían ser valorados por el juez en el momento de determinar el uso del domicilio familiar, tales como: la capacidad económica de cada cónyuge, la probabilidad de los mismos de adquirir una vivienda alternativa, la situación laboral y personal, el interés más necesitado de protección, así como la titularidad del domicilio familiar, esto es, tener en cuenta si se trata de una residencia común de ambos (ganancial o copropiedad), privativa de uno de ellos o propiedad de un tercero.

---

<sup>17</sup> SAP de Vizcaya, Sección 4ª, núm. 12/2003, 10.01.2003, ponente desconocido, Aranzadi JUR 2003\24348.

<sup>18</sup> SAP, núm. 12/2003, Cit., nota 17, FJ 1.

<sup>19</sup> ZUMAQUERO GIL, Laura; “*La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma*” en Revista de Derecho Patrimonial núm. 41/2016 parte Artículos, Editorial Aranzadi, 2016, Recuperado de BIB 2016\85411, pág. 6.

De hecho, el carácter preceptivo o no de dicha norma contenida en el apartado primero del artículo 96 del Código Civil ha sido objeto de debate en sentencias como, por ejemplo, la núm. 385/2000 de 13 julio de la Audiencia Provincial de Jaén<sup>20</sup>. Esta sentencia solventó dicha cuestión argumentando de la siguiente manera: “[...] *cuando el legislador afronta el problema de la atribución de la vivienda familiar está pensando como principio que debe inspirar los criterios de atribución en el «interés familiar más necesitado de protección»*, como se desprende del art. 103.2 del Código Civil. Lo que ocurre es que al abordar dicha medida el art. 96 citado presume que ese interés se halla en los hijos del matrimonio, e indirectamente en el cónyuge al que se confía la guarda de éstos. Ahora bien al descansar la determinación del art. 96.1 indicado, 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 las circunstancias que concurran, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de los hijos, el más necesitado de protección” (Fundamento Jurídico Primero).

De esta sentencia se desprende la idea de que el Artículo 96.1 del Código Civil contiene una presunción iuris tantum, y no una presunción iure et de iure. Esto mismo puede concluirse de lo establecido en el Artículo 103.2 del Código Civil, al recogerse que el Juez en defecto de acuerdo homologado podrá “*determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar (...)*”.

Por tanto, existe una presunción de que el interés más necesitado de protección es el de los hijos del matrimonio, admitiendo dicha afirmación prueba en contrario. “*De este modo, si la realidad hace ver al Juez que no es el interés de los menores el más necesitado de protección, sino el del progenitor no custodio, podrá decidir atribuir el uso de la vivienda familiar a este*”<sup>21</sup>.

Esta consideración ha sido avalada, en su mayoría, por las Audiencias Provinciales, aunque también por el Tribunal Supremo, sirviendo a modo ejemplificativo las siguientes sentencias:

---

<sup>20</sup> SAP de Jaén, Sección 1ª, núm. 385/2000, ponente Mª Jesús Jurado Cabrera, Aranzadi JUR 2000\286767.

<sup>21</sup> ZUMAQUERO GIL, Laura; Ob. Cit., nota 19, pág. 7.

Ante la Audiencia Provincial de Las Palmas sentencia núm. 536/2003 de 1 de julio de 2003<sup>22</sup>, se planteó un supuesto de modificación de la guarda y custodia de la hija, dejando de ostentarla la madre y asumiéndola el padre (realizándose todo ello de forma voluntaria). Sin embargo, la madre solicita la atribución del uso de la vivienda familiar. De acuerdo con el Fundamento Jurídico Tercero, en la sentencia apelada el tribunal determinó que *“el artículo 96 del Código Civil dispone que su uso sea atribuido, en defecto de acuerdo de los cónyuges, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden éstos, lo que implica, en obligada hermenéutica, que en el presente supuesto, al atribuirse la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio al padre, la vivienda familiar deba atribuirse asimismo a éste”*. No obstante, la Audiencia Provincial sostiene en su Fundamento Jurídico Sexto que *“en aplicación del art. 103.2 del C.C., es preciso corregir la sentencia recurrida [...], considerando que el bien más necesitado de protección es el interés y necesidad de la esposa”*, ya que el padre ejerce la guarda y custodia de la hija en la vivienda que dispone con su nueva pareja, donde la menor convive en perfectas condiciones, mientras que la madre, además de no disponer de ninguna otra residencia, tiene un escaso poder adquisitivo y debe hacer frente al pago de la pensión de alimentos.

Asimismo, el Tribunal Supremo pone de manifiesto, en sentencias como la núm. 671/2012 de 5 noviembre de 2012<sup>23</sup>, que *“el interés sin duda prevalente de la menor demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del CC, se identifica con la que fue vivienda familiar”* (Fundamento Jurídico Segundo). No obstante, en ese mismo fundamento jurídico se llega a la conclusión de que existen *“dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, [...]. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios”*.

Así, en esta última sentencia se aplica el segundo factor que excluye la rigidez de la regla. En este caso, la madre ostentaba la guarda y custodia de la hija, mientras que se le había adjudicado al padre el uso de la vivienda familiar en base a que *“la madre [había*

---

<sup>22</sup> SAP de Las Palmas, Sección 5ª, núm. 536/2003, 01.07.2003, ponente Manuel Novalvos Pérez, Aranzadi JUR 2004\24306.

<sup>23</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 671/2012, 05.11.2012, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2012\10135.

*adquirido] una nueva vivienda en la que [podía] habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, «cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre», y no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler»<sup>24</sup>.*

Sin embargo, no cabe aplicar este criterio cuando la nueva residencia del cónyuge custodio sea propiedad exclusiva de la pareja sentimental del mismo, a pesar de que dicha vivienda se considere idónea para cubrir las necesidades de los menores a su cargo, tal y como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 320/2014 de 16 junio<sup>25</sup>. En este supuesto es el padre quien ostenta la guarda y custodia de los menores y convive con los mismos en la vivienda perteneciente a su pareja de hecho. Así, es la madre quien pretende el uso del domicilio familiar. Ante una situación como esta, el tribunal, en su Fundamento Jurídico Segundo, entiende que *“la asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura al menor y esto no se produce en la situación actual que disfruta el padre. Ello perjudicaría al menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda, sin perjuicio de que la medida pueda verse alterada en razón a circunstancias posteriores, pero no para atribuirle a la esposa, sino para dejarla sin efecto, porque no se cumple la finalidad para que la que está prevista”*. Asimismo, se añade en ese mismo fundamento de derecho que no puede *“ponerse a cargo de un tercero una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda”*.

En vista de todo lo expuesto cabe concluir que con el paso del tiempo los tribunales han ido flexibilizando la aplicación de la regla contenida en el Artículo 96.1 del Código Civil, aunque es irrefutable que dicho precepto actualmente no se ajusta a la realidad social. Esto es, las circunstancias que dieron lugar a la redacción de tal precepto en el año 1981

---

<sup>24</sup> STS, núm. 671/2012, Cit., nota 23, FJ 2.

<sup>25</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 320/2014, 16.06.2014, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2014\3073.

han cambiado, y consiguientemente existen nuevas situaciones que dicho artículo no prevé, tal como ocurre con el régimen de custodia compartida (introducido en 2005).

En este sentido es destacable la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 622/2013 de 17 octubre<sup>26</sup>, que expresa dicha necesidad en su Fundamento Jurídico Primero: *“Esta Sala valora [...] las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación”*.

En lo referente a los hijos mayores de edad en situación de incapacidad, ha de resaltarse que se encuentran comprendidos en el apartado primero del Artículo 96 del Código Civil, tal y como ha venido resolviendo la jurisprudencia. Dicha afirmación puede apreciarse en la próxima sentencia:

En esta Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 325/2012 de 30 de mayo<sup>27</sup>, se atribuye la vivienda familiar al hijo al entender, en su Fundamento Jurídico Quinto, que *“los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad [...]”*.

Asimismo, en el Artículo 92.5 del Código Civil se encuentra el principio de no separación de los hermanos al determinarse que el Juez *“adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*. Sin embargo, el legislador prevé esta posibilidad en el Artículo 96.2 del Código Civil, concretando que en tal caso el juez resuelva lo que considere oportuno.

---

<sup>26</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 622/2013, 17.10.2013, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2013\7255.

<sup>27</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 325/2012, 30.05.2012, ponente Encarnación Roca Trías, Aranzadi RJ 2012\6547.

Por tanto, se legitima al juez para valorar el caso concreto, debiendo decidir qué grupo familiar es el más necesitado de protección y, por ende, a cuál de ellos debe atribuirse el derecho de uso de la vivienda familiar. Para ello, el órgano judicial deberá tener en cuenta circunstancias como *“la edad de los menores, al número de hijos atribuido a cada progenitor, a si existen hijos con la capacidad de obrar modificada, así como a la situación económica de los cónyuges”*<sup>28</sup>.

### **2.2.2. EXISTENCIA DE HIJOS MAYORES DE EDAD**

Ha sido objeto de debate si el término “hijos” del artículo 96 del Código Civil hace referencia únicamente a los menores, o por el contrario ha de interpretarse como “hijos del matrimonio”, entendiéndose comprendidos en el mismo tanto los menores como los mayores de edad o emancipados. La Sentencia núm. 624/2011 de 5 de septiembre<sup>29</sup> del Tribunal Supremo se presentó más favorable a la primera tesis expuesta, defendiendo dicha postura en su Fundamento Jurídico Cuarto de la siguiente manera:

*“Como [...] argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores”.*

En suma, considera que *“ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, 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”.*

---

<sup>28</sup> ZUMAQUERO GIL, Laura; Ob. Cit., nota 19, pág. 11.

<sup>29</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección Pleno, núm. 624/2011, 05.09.2011, ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Aranzadi RJ 2011\5677.

Determinando así que dicha atribución debe realizarse “[...] *única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC [...]*”.

### **2.2.3. INEXISTENCIA DE HIJOS EN EL MATRIMONIO: CÓNYUGE MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN.**

El Artículo 96.3 del Código Civil hace referencia al criterio aplicable en el supuesto de inexistencia de hijos comunes en el matrimonio, estableciendo que “*no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*”.

Respecto de este precepto han de realizarse dos matizaciones:

Por un lado, se ha fijado “*como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*”<sup>30</sup>, esto es, que si los hijos son mayores de edad, ha de tenerse en cuenta el interés más necesitado de protección sin que la existencia de tales hijos pueda considerarse factor determinante para la atribución, tal y como se desprende del fundamento jurídico cuarto de la misma sentencia.

Por otro lado, a pesar de que el precepto únicamente haga alusión al “cónyuge no titular”, los tribunales han venido aplicándolo también en los supuestos en los que el inmueble era de titularidad ganancial o común, ya que, de acuerdo con la postura mantenida por Doña Laura Zumaquero Gil, si no se entendiera de esta manera el no titular estaría en una situación más beneficiosa que el propio cotitular.

La regla contenida en este precepto es una medida excepcional y poco frecuente, y es por ello que “*no bastará con que el cónyuge que solicite la atribución del uso de la vivienda familiar tenga menor capacidad económica que el otro, sino que es necesario acreditar*

---

<sup>30</sup> STS, núm. 624/2011, Cit., nota 29, FJ 5.

*que, realmente, necesita seguir usándola como residencia, aunque sea temporalmente, así como que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte*<sup>31</sup>.

Por esta razón, el juez deberá atender a factores de la siguiente índole: la situación económica de cada cónyuge (nivel de ingresos y la posibilidad de adquirir una nueva residencia), la cualificación profesional de cada uno de ellos (para valorar la accesibilidad a un empleo), la salud etc.

En atención a los anteriores criterios de valoración, ha de mencionarse la posibilidad de que el órgano judicial decida que no aprecia “*un interés que merezca mayor protección que otro*”<sup>32</sup>, existiendo en este supuesto dos opciones posibles: si se trata de una vivienda privativa, lo ordinario es adjudicar el uso al titular; mientras que si se trata de un inmueble de carácter ganancial, se atribuirá alternativamente el uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. La aplicación de este último criterio lo encontramos, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 1322/2012 de 28 noviembre<sup>33</sup>, en la que el tribunal concluye lo siguiente: “*Habida cuenta que se trata de una vivienda de carácter ganancial, según reconocen ambas partes, y también que se trata de un matrimonio sin descendencia; es ajustado a Derecho establecer un uso de la vivienda alternativo, sucesivo y por separado hasta la liquidación de su sociedad legal de gananciales [...]*” (Fundamento Jurídico Primero).

Como ha sido objeto de apreciación en el examen realizado hasta el momento, todos los criterios relativos a la atribución de la vivienda familiar se encontraban previstos para el supuesto del régimen de guarda y custodia unilateral. Esto es así porque cuando el legislador introdujo mediante la Ley 15/2005 de 8 de julio la posibilidad de establecer la guarda y custodia compartida, no modificó las restantes medidas que afectaban directamente a los menores en los supuestos de crisis matrimonial (entre ellos, la pensión de alimentos –art. 93 CC–, el régimen de visitas, estancias y comunicaciones –art. 94 CC, y el uso del domicilio familiar –art. 96 CC–).

---

<sup>31</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 174/2015, 25.03.2015, ponente Eduardo Baena Ruiz, Aranzadi RJ 2015\1165, FJ 5.

<sup>32</sup> ZUMAQUERO GIL, Laura; Ob. Cit., nota 19, pág. 19

<sup>33</sup> SAP de Madrid, Sección 24ª, núm. 1322/2012, 28.11.2012, ponente Angel Sánchez Franco, Aranzadi JUR 2013\34927.

### 2.3. RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA EN LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

A diferencia de lo que ocurre en los casos del sistema de custodia monoparental, el régimen de guarda y custodia compartida consiste en “*una sucesión o alternancia de los padres en la guarda de los menores*”<sup>34</sup>. En suma, se trata de que los hijos transcurran periodos equivalentes con cada uno de los cónyuges, sin que ejerzan dicha custodia simultáneamente.

En virtud de lo recogido en el Artículo 92 del Código Civil apartado quinto, “*se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento*”, poniendo especial atención el juez a “*la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*” (art. 92.6 CC). No obstante, también cabe la posibilidad de que el juez “*excepcionalmente, [...] a instancia de una de las partes, [acuerde] la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*” (art. 92.8 CC).

De esto se desprende que el sistema de guarda y custodia compartida no puede imponerse de oficio, sino que tal y como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 229/2012 de 19 abril <sup>35</sup>en su Fundamento Jurídico Quinto, “*un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que [...] resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse*”.

Sin embargo, y frente a dicha afirmación, el Tribunal Supremo ha rehusado el carácter excepcional contemplado en el apartado octavo del mencionado artículo, al entender en

---

<sup>34</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; “*Comentario al artículo 92 del Código Civil*”, Ob. Cit., nota 12, pág. 4.

<sup>35</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 229/2012, 19.04.2012, ponente Encarnación Roca Trías, Aranzadi RJ 2012\5909.

su Sentencia núm. 257/2013 de 20 de abril de 2013<sup>36</sup> que “[...] *la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo [...]*”<sup>37</sup>. Por ello, concluye en su Fundamento Jurídico Cuarto que la guarda y custodia compartida no es “*una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*”.

Asimismo, dicha sentencia indica también en su Fundamento Jurídico Cuarto que el establecimiento de tal régimen “*debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados*”, matizando junto a ello que tal medida se acordará en base a “*criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; [...]* y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

Además de todo esto, el séptimo apartado del artículo 92 del Código Civil excluye la posibilidad de imponer la guarda conjunta “*cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*”.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo ha venido considerando que la distancia existente entre las viviendas de los padres del menor puede ser motivo de denegación del sistema

---

<sup>36</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 257/2013, 29.04.2013, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2013\3269

<sup>37</sup> STS, núm. 257/2013, Cit., nota 36, FJ 2.

de custodia compartida. Así, en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 115/2016 de 1 marzo de 2016<sup>38</sup>, se considera que *“la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor [...]”*. Este mismo planteamiento es reiterado por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 748/2016 de 21 diciembre<sup>39</sup> en su Fundamento Jurídico Segundo al determinar que *“aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio”*.

Respecto de la atribución del uso de la vivienda familiar ha de subrayarse que el Código Civil no regula ningún criterio para dicha adjudicación en los supuestos de custodia compartida, siendo los tribunales quienes han suplido dicha laguna legal (salvo que los progenitores hubieran alcanzado un acuerdo), en el siguiente sentido:

En virtud de lo dispuesto en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia núm. 593/2014 de 24 octubre<sup>40</sup>, la regla preferente contenida en el art. 96.1 del Código Civil no procede *“en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver «lo procedente»”*. Asimismo, se añade en dicho fundamento que *“ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar*

---

<sup>38</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 115/2016, 01.03.2016, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, Aranzadi RJ 2016\736.

<sup>39</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 748/2016, 21.12.2016, ponente Antonio Salas Carceller, Aranzadi RJ 2016\5998.

<sup>40</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 593/2014, 24.10.2014, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2014\5180.

*los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero”.*

De la misma forma, la Sentencia núm. 215/2016 de 6 abril del Tribunal Supremo<sup>41</sup>, además de reiterar los argumentos de la sentencia anterior, hace expresa mención al interés prioritario de los menores a tener una vivienda apropiada para cubrir sus necesidades, recalcando posteriormente en su Fundamento Jurídico Tercero que *“al acordar la custodia compartida, está estableciendo que [...] con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única”.*

Por tanto, y atendiendo a las soluciones alcanzadas por los tribunales, se puede concluir que existen varias modalidades de adjudicación en este modelo de custodia:

En primer lugar, nos hallamos ante la posibilidad de adjudicar el uso alternativo de la vivienda familiar a los progenitores, de manera que los menores se mantienen constantemente en el domicilio familiar y son los padres quienes rotan de vivienda. Sin embargo, el problema de hacer esta medida efectiva es que cada uno de los progenitores debe tener a su disposición una residencia para los periodos en los que no les corresponda estar con los hijos, suponiendo esto el mantenimiento de tres domicilios.

La segunda opción es optar por que los menores sean quienes se desplacen a los domicilios de sus padres cuando corresponda. Así, en este caso puede ocurrir que la vivienda habitual sea atribuida *“al progenitor más necesitado de protección, al titular de la misma o a ninguno de ellos”*<sup>42</sup>.

En relación con esta modalidad es resaltable la ya aludida Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014<sup>43</sup>, en la que se otorga a la mujer el uso de la vivienda familiar en base al interés más necesitado de protección (siendo la vivienda privativa del marido).

---

<sup>41</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 215/2016, 06.04.2016, ponente Eduardo Baena Ruiz, Aranzadi RJ 2016\1321.

<sup>42</sup> TORRELLES TORREA, Esther; Ob. Cit., nota 8, pág. 8.

<sup>43</sup> STS, núm. 593/2014, Cit., nota 40.

En virtud de lo recogido en el Fundamento Jurídico Tercero, el tribunal basa dicha decisión en el hecho de que *“existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos”*, considerándose el interés más necesitado de protección aquel que *“permita compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres”*.

Asimismo, tampoco hay que olvidar la posibilidad de que los cónyuges alcancen un acuerdo respecto de la atribución del uso, tal y como ocurrió en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 753/2015 de 30 diciembre<sup>44</sup>.

Finalmente, ha de mencionarse los casos en los que los jueces dictaminan no atribuir el uso de la vivienda a ninguno de ellos, siendo ejemplo de ello la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 576/2014 de 22 octubre<sup>45</sup>, en la que el tribunal sostiene que *“la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación”*(Fundamento Jurídico Tercero).

## **2.4. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LIMITACIÓN TEMPORAL DEL USO.**

Ha sido reiterado por los tribunales la necesidad de que las medidas adoptadas para la regulación de las relaciones paternofiliales se rijan por el criterio fundamental del "favor filii", debiendo establecerse siempre en beneficio de los menores. Ejemplos de este principio pueden apreciarse en el Artículo 92 del Código Civil, como sucede en el apartado cuarto cuando determina que *“los padres podrán acordar [...] en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges”*. Así como en el apartado octavo al recogerse la posibilidad de que se acuerde *“la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*.

Gran parte de las resoluciones judiciales se basan en el mencionado interés prevalente del menor, siendo, sin embargo, un concepto jurídico indeterminado. Con la intención de

---

<sup>44</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 753/2015, 30.12.2015, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2015\6239.

<sup>45</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 576/2014, 22.10.2014, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, Aranzadi RJ 2014\5023.

hacer frente a esta situación, la Ley Orgánica 8/2015 modifica el segundo artículo de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor introduciendo cambios que, en virtud de lo dispuesto en el apartado segundo del preámbulo, “*desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario*”. Asimismo, en el preámbulo se define el contenido de este principio de la siguiente manera:

*“Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento”*. Estableciendo, asimismo, que el propósito no es otro que garantizar el respeto de los derechos y el desarrollo adecuado de los mismos.

En lo referente a la relación existente entre la atribución del uso de la vivienda familiar y el interés superior del menor es que el Tribunal Supremo considera que “*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC*”<sup>46</sup>. Por eso mismo recalca el Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia núm. 282/2015 de 18 de mayo de 2015<sup>47</sup> que el Artículo 96 del Código Civil “*no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja [...]*”, insistiendo, en el mismo fundamento, que “*una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores*”.

---

<sup>46</sup> STS, núm. 221/2011, Cit., nota 13, FJ 5.

<sup>47</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 282/2015, 18.05.2015, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2015\1919.

En lo concerniente a la limitación temporal del uso, ha de tenerse en cuenta que a pesar de que no sea posible limitar el uso de la vivienda familiar cuando este derecho haya sido atribuido a los menores, y por ende, al progenitor en cuya compañía queden (artículo 96.1 del Código Civil), esto sí que cabe en los supuestos de custodia compartida o en los casos en los que se adjudica la vivienda en base al interés más necesitado de protección (artículo 96.3 del Código Civil). Como ha sido mencionado con anterioridad, en estos dos últimos casos ha de prestarse atención tanto al interés más necesitado de protección como a la titularidad del inmueble. Así, se entiende que limitar temporalmente el uso es una forma de compensar el perjuicio sufrido por el cónyuge no beneficiario (sobretudo cuando la vivienda es privativa del mismo).

Cabe limitar el uso *“bien fijando un término final de la atribución o bien estableciendo una condición resolutoria”*<sup>48</sup> (ej. el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales), como puede apreciarse en sentencias como la núm. 465/2015 de 9 de septiembre del Tribunal Supremo<sup>49</sup> en la que se *“fija un plazo de tres años durante el que el padre podrá hacer uso de la vivienda familiar y garaje, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes, quedando integrada la vivienda y el garaje en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”* (Fundamento Jurídico Cuarto).

Así, tanto en los casos de custodia compartida (cuando se determina la rotación de los menores y se atribuye la vivienda familiar a uno de los padres –siendo la vivienda común o privativa del no adjudicatario-), como en los supuestos de inexistencia de hijos (habiéndose atribuido el uso al cónyuge no titular por ser el más necesitado de protección) caben las indicadas dos posibilidades.

Asimismo, cuando se ha atribuido el domicilio familiar al menor y al cónyuge custodio, los tribunales suelen decantarse por establecer dicho uso hasta que llegue a la mayoría de edad, teniéndose que volver a analizar las circunstancias concretas del caso para determinar la existencia o no del interés más necesitado de protección previsto en el apartado tercero del artículo 96 del Código Civil.

---

<sup>48</sup> TORRELLES TORREA, Esther; Ob. Cit., nota 8, pág. 14.

<sup>49</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 465/2015, 09.09.2015, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, Aranzadi RJ 2015\4179.

### 3. LOS CRITERIOS DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como ya ha sido objeto de mención, el cónyuge que no ostenta la custodia de los menores interpone una demanda de modificación de medidas alegando que han variado las circunstancias que dieron lugar a la atribución del domicilio familiar al introducir a un tercero en la vivienda.

La Audiencia Provincial de Valladolid se basa en tres principales motivos para fallar a favor del cónyuge no custodio, siendo posteriormente confirmado por el Tribunal Supremo.

El primero de ellos es que el tribunal entiende que *“de dicho derecho se beneficia un tercero ajeno al matrimonio y sin ninguna relación [...] con el actor que ha de seguir contribuyendo a sufragar el importe correspondiente de la cantidad financiada para su adquisición y de los impuestos que la gravan”*<sup>50</sup>.

Asimismo, y fundamentándose en *“razones de equidad y justicia”*<sup>51</sup>, resalta el hecho de que *“si el cónyuge a quien ha sido asignado el uso desea iniciar, como ha sucedido, una relación de convivencia con una tercera persona lo justo y equitativo es que proceda a liquidar la sociedad ganancial a la que pertenece la vivienda y a instalarse con su nueva familia en una vivienda o inmueble diferente con el que el cotitular de la primera vivienda no tenga ninguna obligación ni vinculación”*<sup>52</sup>. Y, finalmente, como tercer argumento alude al cambio de status de la vivienda familiar.

En respuesta a la alegación realizada por el Ministerio Fiscal (infracción del interés del menor y contradicción respecto de la jurisprudencia existente), el Tribunal Supremo ha invocado una serie de argumentos que ponen de manifiesto la pérdida del carácter familiar

---

<sup>50</sup> SAP de Valladolid, núm. 20/2018, Cit., nota 2, FJ 1.

<sup>51</sup> PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier; *“Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodio con un tercero”* en Revista de Derecho de Familia número 82, 2019, pág. 3.

<sup>52</sup> SAP de Valladolid, núm. 20/2018, Cit. nota 2, FJ 1.

de la vivienda y la inexistencia de perjuicio del interés del menor, tal y como examinaré a continuación.

### **3.1. VIVIENDA FAMILIAR**

Atendiendo a lo expresado por la Audiencia Provincial de Valladolid, el domicilio “*antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente*”<sup>53</sup>.

Este razonamiento de la Audiencia Provincial es ratificado por el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 641/2018 de 20 de noviembre de 2018<sup>54</sup> al declarar en su Fundamento de Derecho Segundo que “*la introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio*”.

En ese mismo fundamento jurídico pone de manifiesto que “*una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código Civil*”.

Estos argumentos ya habían sido invocados en diversas sentencias de las Audiencias Provinciales con anterioridad, como por ejemplo en las siguientes:

---

<sup>53</sup> SAP de Valladolid, núm. 20/2018, Cit., nota 2, FJ 1.

<sup>54</sup> STS, núm. 641/2018, Cit., nota 1.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 19 de marzo de 2007<sup>55</sup> sostiene, en su Fundamento Jurídico Segundo, que “*resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso [...], ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece inadmisibile por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyo el domicilio familiar, común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda*”. Así, y fundamentándose en esos argumentos, el tribunal determinó el cese de la atribución del uso de la vivienda.

Al igual que la anterior, en el Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de julio de 2012<sup>56</sup> también se hace especial hincapié en lo “[...] *incomprensible e injusto que puede llegar a ser pretender la continuación en el uso de una vivienda que ha dejado de ser familiar -de la primitiva familia, la formada por los ahora actor y demandada- para convertirse en el domicilio, además gratuito, de la nueva familia de la demandada*”, aludiendo en ese mismo fundamento jurídico al hecho de que “*no es serio pretender que sea el antiguo esposo, por el mero hecho de tener con el mismo un hijo, el que proporcione una vivienda no sólo a ese hijo, sino asimismo a la nueva pareja, al hijo habido con la misma pareja y, temporalmente, a la hija de la pareja, pues, en la actualidad, existen, en puridad, dos familias: de un lado el actor y de otro la demandada junto con su pareja y el hijo que ambos han tenido*”.

Un razonamiento similar empleó este mismo tribunal en la sentencia dictada el 9 de mayo de 2011<sup>57</sup> al entender que la vivienda familiar había perdido parte de dicho calificativo al

---

<sup>55</sup> SAP de Almería, Sección 1ª, núm. 59/2007, 19.03.2007, ponente Gema Solar Beltrán, Aranzadi AC 2007\505.

<sup>56</sup> SAP de Valencia, Sección 10ª, núm. 546/2012, 18.07.2012, ponente José Enrique de Motta García-España, Aranzadi JUR 2012\307999.

<sup>57</sup> SAP de Valencia, Sección 10ª, núm. 344/2011, 09.05.2011, ponente José Enrique de Motta García-España, Aranzadi JUR 2011\281277.

haberse convertido en la “*vivienda familiar de su nueva familia*” (Fundamento Jurídico Quinto).

No obstante, entre las Audiencias Provinciales también hallamos sentencias que sostienen criterios completamente opuestos, esto es, sentencias que aplican la regla contenida en el apartado primero del Artículo 96 del Código Civil de manera estricta. Por tanto, al realizar una interpretación literal de dicha regla entienden que introducir a un tercero en la vivienda familiar es un hecho intrascendente.

En este sentido resuelve la sentencia dictada en la Audiencia Provincial de Castellón el 29 de julio de 2004<sup>58</sup>. Concretamente, mantiene en su Fundamento Jurídico Tercero que “*el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge que tiene asignada la guarda y custodia de los hijos menores en atención a ser éstos el interés más necesitado de protección, y esta atribución del uso no viene legalmente sujeta a limitación o condición alguna en tanto sigan los hijos -aún mayores, si se cumplen los requisitos exigibles- siendo necesitados de protección*”. Por ello, el tribunal entiende que “*tal restricción no solo carece de fundamento legal sino que supone en la práctica una restricción del derecho al desarrollo personal de la ahora apelante*”.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 3 de noviembre de 2006<sup>59</sup> declara que no resulta contrario a la ley convivir en la vivienda familiar con su nueva pareja, el hijo tenido con el mismo y el hijo común de los litigantes, incluso disponiendo este tercero de una vivienda en propiedad. De hecho, la sentencia resalta en su Fundamento Jurídico Cuarto que “*la disposición del párrafo primero del artículo 96 del Código Civil no admite excepciones ni modulaciones [...] pues no permite al juzgador una ponderación de los distintos intereses enfrentados para resolver cuál de ellos, a su juicio, merece una mayor protección, pues esta labor, se comparta o no, ya ha sido realizada por el propio legislador en la norma*”.

---

<sup>58</sup> SAP de Castellón, Sección 2ª, Sentencia núm. 186/2004, 29.07.2004, ponente Cristina Domenech Garret, Aranzadi JUR 2004\242824.

<sup>59</sup> SAP de Navarra, Sección 2ª, núm. 134/2006, 03.11.2006, ponente Ricardo González González, Aranzadi JUR 2007\90760.

De igual forma, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia dictada el 9 de diciembre de 2009<sup>60</sup> concluye en su Fundamento Jurídico Segundo que “*es imposible defender [...] que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias de la atribución del uso de la vivienda familiar que justifique la supresión de dicho uso a favor de los hijos, obviando el apelante que el único interés que prevalece en estos casos es el de los menores y no el de ninguno de los cónyuges*”, añadiendo, en ese mismo fundamento, que “*es absolutamente imposible de modificar salvo que exista acuerdo entre las partes, y ello con independencia de las personas que puedan estar residiendo en dicha vivienda con los hijos y el progenitor encargado de su custodia*”.

En suma, hasta el momento no había un criterio común en la materia, tal y como se desprende de la notable divergencia existente entre las sentencias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la sentencia que es objeto de análisis, ha puesto de manifiesto que “*el derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar*”<sup>61</sup>. Por tanto, al haberse introducido a un tercero en tal residencia y haber “*dejado de servir a los fines del matrimonio*”<sup>62</sup>, considera que se ha perdido dicho calificativo.

Por ello, y haciendo especial hincapié en el argumento de la desfamiliarización de la vivienda, ha de reiterarse que existen dos factores que impiden la atribución automática del uso del domicilio familiar, siendo una de ellas el carácter no familiar de la misma. De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 671/2012 de 5 noviembre sostiene que “*una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación*”<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> SAP de Murcia, Sección 5ª, núm. 287/2009, 09.12.2009, ponente Miguel Angel Larrosa Amante, Aranzadi JUR 2010\34610.

<sup>61</sup> STS, núm. 641/2018, Cit., nota 1, FJ 2.

<sup>62</sup> STS, núm. 641/2018, Cit., nota 1, FJ 2.

<sup>63</sup> STS, núm. 671/2012, Cit. nota 23, FJ 2.

Se entiende por vivienda familiar “*aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia*”<sup>64</sup>. No obstante, dicha condición se puede perder de diversas maneras:

Una de las formas es que los cónyuges lleguen a un acuerdo por el cual el custodio no resida en el inmueble familiar. Por ejemplo, en la Sentencia núm. 284/2016 de 3 mayo del Tribunal Supremo<sup>65</sup>, se entiende que “*la vivienda ha perdido el carácter familiar que tenía desde el momento en que se le adjudicó al esposo en la liquidación del régimen económico matrimonial y la esposa adquirió como consecuencia de dicha liquidación otra vivienda a la que se fue a vivir en compañía de la hija*” (Fundamento Jurídico Primero). Por tanto, en este caso concurren los dos factores que eliminan el rigor de la norma (el carácter no familiar de la vivienda y la no necesidad de la misma por estar cubiertas las necesidades de habitación). Eso mismo ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017<sup>66</sup> en la que se adjudicó por convenio regulador (homologado judicialmente) la residencia al progenitor no custodio, abandonando, por tanto, dicho inmueble el custodio y el hijo común.

Otra de las posibilidades es que el progenitor custodio y el menor dejen de habitar la vivienda familiar de manera habitual (por ejemplo, porque se hayan trasladado a vivir a casa de un pariente).

Y, actualmente, en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 que es objeto de análisis en el presente trabajo, también cabe la posibilidad de desfamiliarizar la vivienda por la convivencia de un tercero en dicha residencia.

### **3.2. INTERÉS DEL MENOR**

En lo concerniente al interés prevalente del menor, ha de recalcarse que el Tribunal Supremo explícitamente manifiesta que “*la solución dada en la sentencia recurrida no*

---

<sup>64</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 726/2013, 19.11.2013, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2013\7447, FJ 2.

<sup>65</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 284/2016, 03.05.2016, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2016\2215.

<sup>66</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 524/2017, 27.09.2017, ponente Antonio Salas Carceller, Aranzadi RJ 2017\5912.

*vulnera este interés, ni contradice la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 96 del CC*<sup>67</sup>, a diferencia de lo que se ha venido considerando hasta el momento.

De hecho, incluso habiéndose pactado por convenio regulador que la introducción de un tercero tenía como consecuencia la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, muchas de las Audiencias Provinciales han entendido a lo largo de los años que un acuerdo de esta índole lesiona el interés superior de los menores. A modo ejemplificativo cabe mencionar las siguientes sentencias:

En el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de julio de 2010<sup>68</sup>, tal y como expresa el Fundamento Jurídico Primero, *“se acordó por las partes, que [...] dejará de tener la vivienda la condición de domicilio familiar si la actora mantuviera en el futuro una relación sentimental estable y el compañero hiciera uso habitual de la vivienda estando los hijos en ella, entendiéndose que a partir de ese momento, teniendo en cuenta que se hace uso de la vivienda por un tercero ajeno a la familia, el domicilio familiar pierde su condición de tal y se puede instar la venta del mismo por cualquiera de los propietarios”*. No obstante, el tribunal considera, en virtud de lo establecido en el Fundamento de Derecho Tercero, que *“dicha convivencia entre el demandado y una tercera persona en la vivienda familiar, por sí sola no constituye una circunstancia sobrevenida que conlleve una alteración sustancial en la necesidad de vivienda de los hijos, cuyo interés se protege con la atribución del uso y disfrute de la misma, máxime cuando en el caso que nos ocupa, el hijo menor manifiesta en la audiencia que su padre les consultó previamente sobre la convivencia con doña Custodia, manifestando que no tenían inconveniente”*. En suma, aun existiendo pacto en el convenio regulador se conservó el uso de la vivienda.

La Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia núm. 487/2010 dictada el 14 de octubre de 2010<sup>69</sup> rechazó la aplicación de lo pactado en el convenio regulador por entender que *“era perjudicial para los dos hijos menores comunes”* e interpretó que únicamente se podría *“[hacer] valer esta cláusula 3ª del convenio regulador cuando los*

---

<sup>67</sup> STS, núm. 641/2018, Cit., nota 1, FJ 2.

<sup>68</sup> SAP de Cáceres, Sección 1ª, núm. 306/2010, 21.07.2010, ponente Juan Francisco Bote Saavedra, Aranzadi JUR 2010\302591.

<sup>69</sup> SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 487/2010, 14.10.2010, ponente Pascual Martín Villa, Aranzadi JUR 2010\383849.

*hijos alcanzasen la mayoría de edad, y no antes, pues no se puede hacer depender el uso de que la madre de los menores conviva o no con tercera persona” (Fundamento Jurídico Segundo). Asimismo sostiene en ese mismo fundamento que “no se trata tanto, [...] de que las partes hubieran asumido y tácitamente previsto esa posibilidad, sino que la razón legal de la atribución es el prevalente interés del menor”.*

Sin embargo, también hallamos sentencias entre las Audiencias Provinciales que sostienen un criterio totalmente opuesto.

En esta línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 456/2010 de 21 de septiembre<sup>70</sup> en su Fundamento Jurídico Segundo, entendió *“procedente dejar sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, acordada como medida en la sentencia de divorcio”*, ya que había sido acreditado la convivencia de un tercero en el domicilio familiar, habiéndose pactado en convenio regulador que el incumplimiento de dicha condición conllevaría el cese del derecho de uso que le había sido adjudicado, con independencia de los hijos menores.

La misma validez se otorgó a la estipulación contenida en el convenio regulador en la Sentencia núm. 929/2001 de 18 octubre dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya<sup>71</sup>. En este caso, el juzgado de instancia entendía que dicho acuerdo lesionaba el interés prevalente de los menores, mientras que la audiencia consideró lo contrario, aludiendo, asimismo, al hecho de que el Ministerio Fiscal había realizado *“un informe favorable a la aprobación del convenio”*<sup>72</sup>.

En resumen, las decisiones adoptadas por las Audiencias Provinciales son notablemente contradictorias, y es por esta razón que el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre esta materia es tan relevante.

Por ello, hay que tener presente que *“el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario*

---

<sup>70</sup> SAP de Málaga, Sección 6ª, núm. 456/2010, 21.09.2010, ponente Antonio Alcalá Navarro, Aranzadi JUR 2011\83336.

<sup>71</sup> SAP de Vizcaya, Sección 4ª, núm. 929/2001, 18.10.2001, ponente Ignacio Olaso Azpíroz, Aranzadi JUR 2002\80383.

<sup>72</sup> SAP de Vizcaya, núm. 929/2001, Cit., nota 71, FJ 3.

*lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. [...]*”, tal y como reitera la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 en su Fundamento Jurídico Segundo.

Asimismo, del fundamento jurídico segundo apartado cuarto de esta misma sentencia se desprende que el interés superior del menor encuentra su límite en la existencia de otros intereses legítimos al subrayar que este interés no puede “[restringir o limitar] más derechos que los que ampara y que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir”.

Finalmente, y en virtud de lo expresado por el Tribunal Supremo, hay que reincidir en el hecho de que el interés superior de los menores no se perjudica, ya que “*la medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre*”<sup>73</sup>. No obstante, el supremo insiste en que no se puede conservar el uso de la vivienda por no considerarse “familiar”, y es por ello que solo se mantendrá este derecho hasta la liquidación de la sociedad de gananciales (de acuerdo a lo dictaminado por la audiencia provincial). Del mismo modo, resalta la posibilidad de que, al tratarse de un inmueble ganancial, la madre adquiriera la mitad de la vivienda o se proceda a su venta para luego así comprar o alquilar otra. Por tanto, el Tribunal Supremo entiende que las necesidades de los menores se encuentran cubiertas.

---

<sup>73</sup> STS, núm. 641/2018, Cit., nota 1, FJ 2.

### 3.3. PRUEBA DE CONVIVENCIA

En lo referente a la convivencia con un tercero en el domicilio familiar, ha de recalcarse que dicho hecho debe ser acreditado para que se dictamine la extinción del uso por este motivo. Concretamente, la propia sentencia del Tribunal Supremo núm. 641/2018 de 20 de noviembre establece como condición que debe tratarse de una “*manifiesta relación estable de pareja*”<sup>74</sup>. Para precisar este requisito examinaré una serie de sentencias dictadas por las audiencias provinciales sobre la materia:

En la Sentencia de 28 de mayo de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>75</sup>, el tribunal sostuvo que no se había acreditado que el tercero viviera de forma permanente en la vivienda. Asimismo, matizó en su Fundamento Jurídico Segundo que “*aunque fuera una relación sentimental, salir juntos o estar juntos de vez en cuando en la referida vivienda no es lo mismo que «convivir» en ella, ya que la convivencia implica vivir juntos compartiendo el día a día en el mismo inmueble*”.

En el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Valladolid, el 4 de noviembre de 2002<sup>76</sup>, se analizó un supuesto en el que quedó acreditado que la mujer (custodio) mantenía una relación sentimental estable (de 3 años) con otro y que habían tenido juntos un hijo (el cual vivía con la mujer en la vivienda familiar). Sin embargo, el tribunal entiende en su Fundamento Jurídico Segundo que “*no se acredita, a su vez, que el compañero de D.ª M. De los Ángeles, haya ubicado su domicilio en misma vivienda, pues de lo acreditado, bien por razones laborales, (ha venido desempeñando su trabajo en Cataluña), bien por razones de conveniencia (cuando acude a Valladolid, a visitar a su propio hijo y compañera sentimental, acude al domicilio de sus padres o a su anterior domicilio matrimonial)*”.

En la Sentencia núm. 108/2017 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 31 de mayo de 2017<sup>77</sup>, a pesar de existir fotografías, videos y mensajes de WhatsApp, el tribunal no

---

<sup>74</sup> STS, núm. 641/2018, Cit., nota 1, FJ 2.

<sup>75</sup> SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 591/2018, 28.05.2018, ponente María Pilar Martín Coscolla, Aranzadi JUR 2018\166158.

<sup>76</sup> SAP de Valladolid, Sección 1ª, núm. 360/2002 04.11.2002, Aranzadi JUR 2003\18124

<sup>77</sup> SAP Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, núm. 108/2017, 31.05.2017, ponente Iñigo Francisco Suarez Odriozola, Aranzadi JUR 2017\199677

consideró que hubiera una convivencia permanente (sostuvo que era ocasional). De hecho, declaró que *“lo que se obtiene de tal material (fotos, video, mensajes) es la existencia de una relación afectiva, las confianzas o complicidad fruto de la relación afectiva, así como la presencia esporádica de Elias en el domicilio de María Milagros hecho este reconocido tanto por María Milagros como por Elias”* (Fundamento Jurídico Segundo). Asimismo, se pone de manifiesto en la sentencia que *“la prueba especialmente idónea para acreditar la tesis del demandante/recurrente hubiera sido la contratación de los servicios de una Agencia de Detectives para efectuar un seguimiento a Elias durante un periodo de tiempo aceptable emitiendo el correspondiente Informe y ratificando el mismo a presencia judicial o contar con la presencia como testigos de los vecinos de María Milagros para que dieran fe de la tesis mantenida por el demandante/apelante”*<sup>78</sup>.

La necesidad de contratar a un detective para considerar suficientemente probado la convivencia con un tercero en la vivienda familiar se desprende también de la Sentencia núm. 668/2012 de 10 octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>79</sup>, en la que se entiende que *“existen sólidos indicios de que la recurrente mantiene una relación afectiva estable”*<sup>80</sup>. En este caso, la prueba es *“un servicio de vigilancia y seguimiento puntual”*, de cuatro años de duración. De este modo, el informe recoge de forma minuciosa información sobre la vida cotidiana de quien ostenta la vivienda familiar, y se acredita que la pareja sentimental de la misma *“aparca en la plaza asignada a la vivienda, pernocta en ella, sale por la mañana del citado domicilio para dirigirse a su lugar de trabajo sito en Terrassa para posteriormente retornar por la tarde y dispone de llaves propias para acceder a la misma”*<sup>81</sup>. Finalmente, en esta sentencia los vecinos lo identifican como su pareja, por lo que también *“existe un reconocimiento público”*<sup>82</sup>.

Por tanto, de esta sentencia se pueden inferir las siguientes reflexiones jurídicas: en primer lugar, hay que tener presente que al tratarse de una sentencia del Pleno se convierte en

---

<sup>78</sup> SAP Provincial de Guipúzcoa, núm. 108/2017, cit., nota 77, FJ 2.

<sup>79</sup> SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 668/2012, 10.10.2012, ponente Myriam Sambola Cabrer, Aranzadi JUR 2012\369601.

<sup>80</sup> SAP de Barcelona, núm. 668/2012, Cit., nota 79, FJ 2.

<sup>81</sup> SAP de Barcelona, núm. 668/2012, Cit., nota 79, FJ 2.

<sup>82</sup> SAP de Barcelona, núm. 668/2012, Cit., nota 79, FJ 2.

jurisprudencia automáticamente sin que tengan que pronunciarse sobre esta materia de nuevo; en segundo lugar, que la vivienda pierde el carácter de familiar cuando se introduce a un tercero a vivir en la misma de forma permanente por mantener una relación sentimental con la custodio; en tercer lugar, que esta convivencia constituye una modificación esencial de las circunstancias tenidas en cuenta; en cuarto lugar, que el interés del menor no se perjudica; y, finalmente, que la convivencia debe ser suficientemente probada.

#### **4. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL SUPUESTO DE CRISIS MATRIMONIAL EN LA NORMATIVA DEL PAÍS VASCO.**

Los criterios relativos a la atribución de la vivienda familiar han sido regulados más extensamente por algunas comunidades autónomas, como es el caso concreto del País Vasco. Y, es por ello que, a pesar de que mi trabajo se basa en un análisis jurisprudencial de la normativa estatal, he considerado oportuno ofrecer una visión de lo recogido por la normativa vasca

La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores introduce relevantes novedades en materia de adjudicación del uso de la vivienda familiar, de protección del interés del menor y de extinción del derecho de uso del domicilio familiar.

En lo concerniente a la cuestión que he venido examinando a lo largo del trabajo, ha de recalcar que la Ley 7/2015 recoge expresamente la posibilidad de extinguir el derecho de uso de la vivienda familiar por razón de *“matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario”* (art. 12.11.d. Ley 7/2015). Asimismo, añade que este hecho deberá ser probado *“mediante el procedimiento para la modificación de medidas”* (art. 12.12 Ley 7/2015). Pudiendo así el progenitor titular del inmueble, una vez cesado dicho derecho de uso, *“recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y podrá solicitar, si procede, la cancelación del derecho”* (art. 12.13 Ley 7/2015).

Del mismo modo, la ley 7/2015 recoge en su apartado undécimo otros motivos que provocan la extinción del derecho de uso:

En primer lugar, recoge como causa de extinción “*el fallecimiento del beneficiario de uso*”, siendo esta una causa que no origina dudas al respecto. En el subapartado segundo (letra “b”), se prevé la posibilidad de que las partes acuerden motivos que determinen el cese del derecho de uso, entendiéndose que pueden pactarlos para cualquiera de los casos: tanto cuando la vivienda haya sido atribuida por razón de guarda y custodia, como para aquellos en que el cónyuge era el más necesitado de protección.

Asimismo, se determina que “*la mejora de la situación económica del beneficiario del uso o el empeoramiento relevante de la situación económica de la otra parte, debidamente justificada y salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario*” da lugar a la extinción de dicho derecho de uso (art. 12.11.c Ley 7/2015). Cabe entender que este apartado es únicamente aplicable a los supuestos en los que la adjudicación de la vivienda se haya realizado en base a la necesidad de uno de los progenitores.

El apartado “e” dispone que “*si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos*”. En este caso resulta dudoso si el derecho de uso se extingue con la llegada a la mayoría de edad, o, por el contrario, con el fin de la obligación de prestar alimentos, ya que estas causas no suelen darse de manera simultánea. En virtud de lo expresado por Doña Ana Seisdedos Muiño, dicho precepto debe ser “*interpretado en relación con el apartado 5.2 del artículo 12*”<sup>83</sup>, concluyéndose “*que la circunstancia determinante de la extinción del derecho de uso es el fin de la obligación de prestar alimentos, de modo que el fin de la guarda solo producirá ese efecto cuando lleve aparejado el término de la obligación alimenticia, por tener el hijo que ha cumplido 18 años medios de vida suficientes*”<sup>84</sup>.

También se establece como motivo de cese del derecho de uso “*el vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada*” (art. 12.11.f Ley 7/2015). Por tanto, con esta previsión se hace referencia a los supuestos en los que el domicilio ha sido adjudicado en atención a razones de necesidad, ya que es el propio apartado quinto

---

<sup>83</sup> SEISDEDOS MUIÑO, ANA; “*La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco*” en Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, 2015, pág.154.

<sup>84</sup> SEISDEDOS MUIÑO, ANA; Ob. Cit., nota 83, pág.154.

del artículo el que determina el establecimiento de un plazo máximo de dos años (prorrogables) para estos supuestos.

No obstante, y a diferencia de lo que ocurre con los criterios de atribución y extinción del derecho de uso del domicilio familiar, la Ley 7/2015 no varía mucho de la normativa estatal respecto de la guarda y custodia de los menores.

Así, en lo concerniente a la guarda y custodia, el artículo nueve de la Ley 7/2015 establece que los padres pueden solicitar al juez tanto la custodia compartida como la monoparental, velándose siempre por el interés de los menores e incapacitados. Esta petición pueden realizarla tanto de forma independiente el uno del otro como de común acuerdo. Por tanto, al igual que en el Código Civil, para establecer la custodia compartida debe haber sido solicitada al menos por uno de los progenitores (art. 9.3 de la Ley 7/2015). Asimismo, “*el juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor*” (art. 9.6 Ley 7/2015).

Respecto del uso de la vivienda familiar, la Ley 7/2015 lleva a cabo una regulación más amplia que la recogida en el Código Civil. De hecho, en la misma se han intentado subsanar muchas de las controversias surgidas de la estricta aplicación e interpretación del artículo 96 CC. Así, para el estudio de las reglas contenidas en esta ley habrá que acudir al artículo 12.

En el primer apartado del citado artículo se recogen, para el caso de que no exista acuerdo entre los progenitores o este no haya sido homologado por el juez, tres criterios que el mismo deberá tener en cuenta a la hora de atribuir el uso del domicilio familiar: “*el interés superior de los hijos e hijas, [la] necesidad de los miembros de la pareja y la titularidad de la vivienda*”.

El segundo y tercer apartado hacen referencia a las reglas de atribución en los supuestos de custodia exclusiva:

Se recoge, en primer lugar, que “*el juez otorgará el uso de la vivienda familiar preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes si es lo más conveniente para el interés de estos*”. Se determina así la preferencia de la regla (no la obligatoriedad de la misma), por tanto, esto no significa que siempre y en todo caso deba aplicarse, existiendo la posibilidad de que el juez considere

que mantener a los menores en la vivienda no es lo más idóneo para el interés de los mismos. Asimismo, ha de recalcarse que este apartado atribuye el uso a los progenitores, mientras que en el Código Civil se adjudica a los hijos (y por ende, al cónyuge en cuya compañía queden).

En segundo lugar se prevé la posibilidad de que el juez asigne el uso al cónyuge no custodio cuando “*objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda*”, y siempre y cuando, el custodio “*tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos*”. En este caso se aprecia la conciliación de dos intereses: el de los menores y el del progenitor más necesitado de protección.

Por tanto, aquí ha de destacarse la posibilidad de que el juez sustituya “*la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado*” (art. 12.6 Ley 7/2015). Esta alternativa también ha sido prevista jurisprudencialmente en sentencias como la núm. 671/2012 de 5 noviembre del Tribunal Supremo<sup>85</sup>, siendo este uno de los factores que superan la rigidez del artículo 96.1 del Código Civil.

La normativa del país vasco, además de las reglas relativas a la custodia monoparental, también alude a los supuestos de custodia compartida (cuestión que el Código Civil no prevé). Así, el apartado cuarto establece que “*si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas*”. Por tanto, de aquí se desprende que caben dos alternativas: por un lado, que los hijos se mantengan viviendo en el domicilio familiar y que sean los padres quienes roten; y por otro, que sean los menores quienes se vayan de una vivienda a otra, siendo este último el supuesto previsto en el precepto. En este caso, al igual que en el previsto con anterioridad, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda debe disponer de la capacidad económica suficiente para satisfacer las necesidades de los menores durante los periodos en los que deba ejercer la guarda y custodia.

---

<sup>85</sup> STS, núm. 671/2012, Cit., nota 23.

La ley 7/2015 limita temporalmente el uso de la vivienda habitual en función de las circunstancias que dieron lugar a dicha atribución. Concretamente, en el apartado quinto se determina que cuando la vivienda hubiera sido adjudicada por ser el interés del progenitor el más necesitado de protección, dicho derecho tendrá una duración máxima de 2 años (prorrogable si perduran las condiciones tenidas en cuenta).

De igual forma, prevé posteriormente que “*en el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia de los hijos e hijas, ya fuera exclusiva o compartida, y si la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos*”. Por tanto, si el inmueble es privativo del cónyuge usuario de la misma no existirá límite temporal alguno. Asimismo, de este precepto se infiere que el derecho de uso no se extingue con la llegada a la mayoría de edad de los hijos, sino que se extiende hasta que cesa la obligación de alimentos entre parientes.

Esta regla se aparta notablemente de lo determinado en el Código Civil, ya que en la citada ley no cabe limitar el uso de la vivienda cuando esta haya sido adjudicada a los menores (debiéndose esperar hasta la mayoría de edad de los mismos). No obstante, en el supuesto de inexistencia de hijos (o ser estos mayores de edad) cabe restringir el uso del domicilio, pero no se determina un plazo concreto, sino que debe ser el juez quien dictamine lo oportuno.

Continuando con la Ley 7/2015, ha de mencionarse la posibilidad de que las partes soliciten una revisión judicial al considerar que las condiciones han variado. Del mismo modo, ha de tenerse en cuenta que en el caso de que los padres hagan uso de la casa por un título que no es el de propiedad, este uso quedará “*limitado por lo dispuesto por el título*” (art. 12.8 Ley 7/2015).

Finalmente, ha de destacarse que el apartado séptimo del artículo 12 contempla la posibilidad de establecer una indemnización para resarcir el perjuicio que sufre aquel que no ostenta el derecho de uso de la vivienda (cuando el inmueble sea privativo del mismo o común de ambos). Además, el precepto especifica que para cuantificar el precio de la compensación se atenderá a “*las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y a la capacidad económica de los miembros de la pareja*”. Asimismo, se tendrá en cuenta si la vivienda es de titularidad exclusiva del no beneficiario, o por el contrario, se trata de una cotitularidad. En suma, esta previsión trata de “*evitar o atemperar algunas de las*

*consecuencias injustas que puede acarrear la atribución del uso de la vivienda familiar*”<sup>86</sup>.

En definitiva, de este estudio se concluye que los tribunales se han ido apartando del tenor literal del artículo 96 del Código Civil, y que la aplicación práctica que vienen realizando los mismos se asemeja en un mayoría a lo regulado por el derecho civil vasco.

## **5. CONCLUSIONES**

Tras el análisis realizado a lo largo de este trabajo, cabe concluir que la jurisprudencia referente tanto a la atribución como a la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar es bastante dispar, dando lugar ello a una notable inseguridad jurídica.

En lo concerniente a los criterios de adjudicación del uso del domicilio familiar, en mi opinión, es indispensable que se lleve a cabo una reforma completa del Artículo 96 del Código Civil, ya que los criterios correctores que han ido adecuando su contenido a la realidad social existente en cada momento es únicamente una solución provisional y no definitiva.

Por tanto, considero que, al igual que se ha venido realizando en las diversas comunidades autónomas, deben regularse todos aquellos supuestos que puedan plantearse, estableciéndose asimismo, la consecuencia jurídica aplicable.

Del mismo modo considero que deberían otorgarse mayores facultades al juez para que pueda, en el caso concreto, examinar cuales son los intereses que concurren y determinar así cuál de ellos es el más necesitado de protección. Como ya he explicado en varias ocasiones durante el trabajo, la vivienda familiar se atribuye a los menores y al cónyuge en cuya compañía queden. Sin embargo, también he mencionado sentencias del supremo en el que atribuye el uso del domicilio familiar al progenitor no custodio cuando el menor tiene cubiertas dichas necesidades de habitación de otra forma (por ejemplo, que el custodio disponga de una vivienda en propiedad). Por tanto, de esto se desprende que lo que ha de garantizarse es que el menor tenga una residencia idónea, no teniendo por qué ser, siempre y en todo caso, la vivienda familiar.

---

<sup>86</sup> SEISDEDOS MUIÑO, ANA; Ob. Cit., nota 83, pág.158.

En base a esta perspectiva considero que la adjudicación en exclusiva del uso de la vivienda familiar al custodio (cuando se trata de una vivienda privativa del progenitor no custodio) debería configurarse como un remedio subsidiario, esto es, únicamente debería aplicarse en aquellos casos en los que no se puedan cubrir las necesidades de alojamiento de ninguna otra manera. Por esta razón creo que debe ser tenido en cuenta la titularidad del inmueble a la hora de atribuir el uso, esto es, si es privativa de uno de ellos o es común de ambos (ganancial o copropiedad).

En definitiva, creo que debe ser el juez que examina el caso concreto quien debe decidir el destino del domicilio familiar.

A mi modo de ver, el Código Civil debería contemplar una pensión compensatoria para resarcir el perjuicio patrimonial que sufre el progenitor privado del uso del domicilio (cuando el inmueble sea privativo del mismo o común de ambos). En este caso considero que debería establecerse una regla similar a la prevista en normativa vasca (Ley 7/2015), determinándose en la misma que “en el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja”.

Además de esta medida, creo conveniente que se establezcan límites temporales a la adjudicación del uso de la vivienda familiar, ya que el Código Civil únicamente lo prevé para el supuesto en que dicho domicilio se le atribuye al cónyuge más necesitado de protección (que no es el titular del inmueble). Por tanto, considero que debería limitarse en función de las circunstancias que lo determinaron (por ejemplo, si fue por razón de custodia, limitarlo hasta alcanzar la mayoría de edad). Así se conseguiría un equilibrio entre ambos derechos (el de uso y el de propiedad).

En lo concerniente a la extinción del derecho de uso por convivencia de un tercero en el domicilio familiar, tengo que volver a resaltar la cantidad de pronunciamientos contradictorios existentes. Por ello considero que en la sentencia que nos ocupa, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación, a mi juicio muy necesaria, para dar solución a un supuesto de hecho muy controvertido entre los distintos tribunales, no previsto en la normativa estatal y que además cada vez era más frecuente.

A mi parecer, el Tribunal Supremo ha realizado una correcta ponderación del interés superior del menor y del interés del progenitor. A pesar de ello, considero conveniente recoger una definición de lo que es la “vivienda familiar” y de las causas que desvirtúan dicha cualidad, para evitar así las resoluciones dispares.

Finalmente, como ya he resaltado con anterioridad, la aplicación práctica que se realiza jurisprudencialmente se asemeja notablemente a lo recogido en la normativa vasca, y desde mi punto de vista, el Código Civil debería realizar una regulación similar a la misma para resolver los manifestados problemas.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1) DOCTRINA:

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; “*Comentario al artículo 92 del Código Civil*” en *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*; Editorial Aranzadi, 2009, Recuperado de BIB 2009\5231.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; “*Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero*” en *Revista de Derecho Patrimonial num.21/2008 2 parte Comentario*; Editorial Aranzadi; Cizur Menor; 2008. Recuperado de BIB 2008\1658.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; “*La atribución del uso de las segundas residencias en los procedimientos matrimoniales*” en *Revista Aranzadi Doctrinal num.6/2012 parte Estudios*; Editorial Aranzadi, Cizur Menor; 2012. Recuperado de BIB 2012\2992.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; “*Introducción de un tercero en la vivienda familiar cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores: aplicación del juicio de proporcionalidad para rebajar la pensión del progenitor no custodio al beneficiarse el nuevo núcleo familiar así conformado de conceptos cubiertos por la suma originariamente fijada*” en *Revista de Derecho Patrimonial num.43/2017 parte Comentario*; Editorial Aranzadi, Cizur Menor; 2017. Recuperado de BIB 2017\12517.

CASTILLO AYNAT, Elin; “*El domicilio familiar ante la crisis matrimonial: abuso en el uso*” en *Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 850/2012 parte Comentario*; Editorial Aranzadi; Cizur Menor; 2012; Recuperado de BIB 2012\3137.

CUENA CASAS, Matilde; “*Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario*” en *Revista de Derecho Civil vol. I, núm. 2*; 2014.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina; “*Atribución de vivienda familiar en el supuesto de hijos mayores de edad. uso alternativo y temporal*” en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.103/2017 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios*; Editorial Civitas; Pamplona; 2017. Recuperado de BIB 2017\10833.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón; “*La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho Español: La superación del derecho Positivo por la Práctica jurisprudencial*” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis*, 2015.

MARÍN LOPEZ, Manuel Jesús; “*Comentario al art. 96 del CC*” en *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*; Editorial Aranzadi; 2009; Recuperado de BIB 2009\7497.

MARÍN VALARDE, Asunción; “*La atribución del uso de la vivienda familiar y el derecho de propiedad del cónyuge titular*” en *Revista de Derecho Patrimonial* num.29/2012 parte Comentario; Editorial Aranzadi; Cizur Menor; 2012. Recuperado de BIB 2012\2957.

MORO BONILLO, Esther; “*La convivencia con terceros en la vivienda familiar*” en *Revista de Derecho de Familia* num.63/2014 parte *Artículos doctrinales*; Editorial Aranzadi; Cizur Menor; 2014. Recuperado de BIB 2014\2068.

PEREZ CONESA, Carmen; “*Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 6 de abril de 2016)*” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.6/2016 parte *Jurisprudencia. Comentarios*; Editorial Aranzadi; Cizur Menor; 2016. Recuperado de BIB 2016\2739.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier; “*Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodio con un tercero*” en *Revista de Derecho de Familia* número 82, 2019.

RUBIO TORRANO, Enrique; “*Atribución de la guarda y custodia compartida e interés del menor*” en *Revista Aranzadi Doctrinal* num.1/2019 parte *Tribuna*; Editorial Aranzadi; Cizur Menor; 2019. Recuperado de BIB 2018\14695.

SALAS CARCELLER, Antonio; “*La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio*” en *Revista Aranzadi Doctrinal* num.1/2019 parte *Jurisprudencia. Doctrina*; Editorial Aranzadi; Cizur Menor; 2019. Recuperado de BIB 2018\14698.

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena; “*Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda*” en *Revista de Derecho Patrimonial* num.48/2019 parte *Jurisprudencia. Patrimonio familiar*; Editorial Aranzadi; Cizur Menor; 2019. Recuperado de BIB 2019\1093.

SANTOS MORÓN, María José; “*La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: Evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma*” en *Revista de Derecho Civil* vol. I, núm. 3; 2014.

SEISDEDOS MUIÑO, ANA; “*La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco*” en Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, 2015.

TENA PIAZUELO, Isaac; “*Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la Sentencia 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 355)*”, en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.101/2016 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios; Editorial Civitas; Pamplona; 2016. Recuperado de BIB 2016\4027.

TORRELLES TORREA, Esther; “*Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación*” en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.103/2017 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios; Editorial Civitas, Pamplona, 2017.

ZUMAQUERO GIL, Laura; “*La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma*” en Revista de Derecho Patrimonial núm. 41/2016 parte Artículos, Editorial Aranzadi, 2016, Recuperado de BIB 2016\85411

## 2) **JURISPRUDENCIA:**

SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 591/2018, 28.05.2018, ponente María Pilar Martín Coscolla, Aranzadi JUR 2018\166158.

SAP de Valladolid, Sección 1ª, núm. 20/2018, 15.01.2018, ponente Francisco Salinero Román, Aranzadi JUR 2018\64717

SAP Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, núm. 108/2017, 31.05.2017, ponente Iñigo Francisco Suarez Odriozola, Aranzadi JUR 2017\199677.

SAP de Madrid, Sección 24ª, núm. 1322/2012, 28.11.2012, ponente Angel Sánchez Franco, Aranzadi JUR 2013\34927.

SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 668/2012, 10.10.2012, ponente Myriam Sambola Cabrer, Aranzadi JUR 2012\369601

SAP de Valencia, Sección 10ª, núm. 546/2012, 18.07.2012, ponente José Enrique de Motta García-España, Aranzadi JUR 2012\307999.

SAP de Valencia, Sección 10ª, núm. 344/2011, 09.05.2011, ponente José Enrique de Motta García-España, Aranzadi JUR 2011\281277

SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 487/2010, 14.10.2010, ponente Pascual Martín Villa, Aranzadi JUR 2010\383849.

SAP de Málaga, Sección 6ª, núm. 456/2010, 21.09.2010, ponente Antonio Alcalá Navarro, Aranzadi JUR 2011\83336.

SAP de Cáceres, Sección 1ª, núm. 306/2010, 21.07.2010, ponente Juan Francisco Bote Saavedra, Aranzadi JUR 2010\302591.

SAP de Murcia, Sección 5ª, núm. 287/2009, 09.12.2009, ponente Miguel Angel Larrosa Amante, Aranzadi JUR 2010\34610.

SAP de Almería, Sección 1ª, núm. 59/2007, 19.03.2007, ponente Gema Solar Beltrán, Aranzadi AC 2007\505.

SAP de Navarra, Sección 2ª, núm. 134/2006, 03.11.2006, ponente Ricardo González González, Aranzadi JUR 2007\90760.

SAP de Castellón, Sección 2ª, Sentencia núm. 186/2004, 29.07.2004, ponente Cristina Domenech Garret, Aranzadi JUR 2004\242824.

SAP de Vizcaya, Sección 4ª, núm. 12/2003, 10.01.2003, ponente desconocido, Aranzadi JUR 2003\24348.

SAP de Las Palmas, Sección 5ª, núm. 536/2003, 01.07.2003, ponente Manuel Noalvos Pérez, Aranzadi JUR 2004\24306.

SAP de Valladolid, Sección 1ª, núm. 360/2002 04.11.2002, Aranzadi JUR 2003\18124

SAP de Vizcaya, Sección 4ª, núm. 929/2001, 18.10.2001, ponente Ignacio Olaso Azpíroz, Aranzadi JUR 2002\80383.

SAP de Zaragoza, Sección 4ª, núm. 3/2001, 02.01.2001, ponente Eduardo Navarro Peña, Aranzadi JUR 2001\81391.

SAP de Jaén, Sección 1ª, núm. 385/2000, ponente Mª Jesús Jurado Cabrera, Aranzadi JUR 2000\286767.

STS, Sala de lo Civil, Sección Pleno, núm. 641/2018, 20.11.2018, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ\2018\5086.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 524/2017, 27.09.2017, ponente Antonio Salas Carceller, Aranzadi RJ 2017\5912.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 284/2016, 03.05.2016, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2016\2215.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 115/2016, 01.03.2016, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, Aranzadi RJ 2016\736.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 748/2016, 21.12.2016, ponente Antonio Salas Carceller, Aranzadi RJ 2016\5998.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 215/2016, 06.04.2016, ponente Eduardo Baena Ruiz, Aranzadi RJ 2016\1321.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 753/2015, 30.12.2015, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2015\6239.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 465/2015, 09.09.2015, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, Aranzadi RJ 2015\4179.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 282/2015, 18.05.2015, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2015\1919.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 174/2015, 25.03.2015, ponente Eduardo Baena Ruiz, Aranzadi RJ 2015\1165.

STS, Sección 1ª, núm. 5/2015, Sala de lo Civil, 16.01.2015, ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, Aranzadi RJ 2015\355.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 593/2014, 24.10.2014, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2014\5180.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 576/2014, 22.10.2014, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, Aranzadi RJ 2014\5023.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 320/2014, 16.06.2014, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2014\3073.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 726/2013, 19.11.2013, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2013\7447.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 622/2013, 17.10.2013, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2013\7255.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 257/2013, 29.04.2013, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2013\3269

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 671/2012, 05.11.2012, ponente José Antonio Seijas Quintana, Aranzadi RJ 2012\10135.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 340/2012, 31.05.2012, ponente Encarnación Roca Trías, Aranzadi RJ 2012\6550.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 325/2012, 30.05.2012, ponente Encarnación Roca Trías, Aranzadi RJ 2012\6547.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 284/2012, 09.05.2012, ponente Encarnación Roca Trías, Aranzadi RJ 2012\5137.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 229/2012, 19.04.2012, ponente Encarnación Roca Trías, Aranzadi RJ 2012\5909.

STS, Sala de lo Civil, Sección Pleno, núm. 624/2011, 05.09.2011, ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Aranzadi RJ 2011\5677.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 221/2011, 01.04.2011, ponente Encarnación Roca Trías, Aranzadi RJ 2011/3139.

### 3) **LEGISLACIÓN:**

Constitución Española «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, «BOE» núm. 176, de 24 de julio de 2015.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, «BOE» núm. 206, de 25/07/1889.