

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ESPAÑA
(Ponencia a las VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, organizadas por el
Departamento de Derecho en colaboración con el IDIBE, 14 de octubre de 2015)

José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de
Valencia (España)

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 2. Régimen de custodia y asignación del uso de la vivienda familiar.- 3. Relectura del art. 96.I CC en clave “alimenticia”: la posibilidad de realojar a los hijos en otra vivienda.- 4. La distinta posición jurídica de los hijos menores y mayores de edad, así como la de los cónyuges no custodios.- 5. Otras correcciones jurisprudenciales dignas de mención.- 5.1. La privación del uso de la vivienda familiar como criterio de valoración para la determinación de la cuantía de la prestación de alimentos.- 5.2. La exclusión del concepto de “cargas del matrimonio” de las cuotas de amortización del préstamo concedido para la compra de la vivienda ganancial o común.- 5.3. La posibilidad de división material de la vivienda.- 5.4. El pago, por parte del cónyuge adjudicatario, de los gastos ordinario de comunidad y de suministro de servicios de la vivienda.- 5.5. ¿Pago de una compensación económica directa por la privación del derecho de uso?.- 6. Duración y posibilidad de revisión del derecho de uso.- 7. Extensión y límites de la aplicación analógica del art. 96 CC a los supuestos de ruptura de uniones de hecho.- 8. La suerte de la vivienda, cuyo uso fue cedido en precario o comodato.

1. La atribución del uso de la vivienda familiar, tras una crisis conyugal, plantea situaciones complejas¹: la vivienda suele ser el bien más valioso del que disponen los

¹ En la doctrina española son numerosísimos los estudios sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que dio al art. 96 CC su actual redacción. Son ya clásicos los trabajos de G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), II, Edersa, Madrid, 1982; *ad art. 96 CC*; J.M. LETE DEL RÍO, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (dir. J.L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, *ad art. 96 CC*, p. 1146 ss.; E. ROCA TRÍAS, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Tecnos, Madrid, 1984, *ad art. 96 CC*, p. 607 ss. En la doctrina sucesiva, véanse, entre muchos otros, en sede monográfica (bien tratando específicamente el tema de la atribución del derecho de uso en el caso de crisis conyugal, bien el general de la vivienda familiar, pero con aportaciones relevantes sobre materia), Mª. D. CERVILLA GARZÓN, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005; F. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Navarra, 1995; C. GIL MEMBRADO, *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013; Mª C. LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012; E. MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC)*, Civitas, Madrid, 2005; E. MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Civitas, Madrid, 2002; S. SALAZAR BORT, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; ID., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (amplio estudio jurisprudencial)*, Aranzadi, Navarra, 2001; E. SERRANO GÓMEZ, *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999; J. A. TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Navarra, 2003. Véanse, entre las aportaciones más, recientes A. I. BERROCAL LANZAROT, *Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, p. 1347 y ss.; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011*, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012-1, p. 585 ss.; Mª D. CERVILLA GARZÓN, *Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar*, en *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 44, 2009, p. 45 ss.; M. CUENA CASAS, *Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio 2014), p. 9 y ss.; Mª I. DE LA IGLESIA MONJE, *Atribución temporal del uso de la vivienda familiar*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 728, 2011, p. 3451 ss.; ID., *Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial*, *ibi*, núm. 732, 2012, p. 2298 ss.; ID., *Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial*, *ibi*, núm. 737, 2013, p. 1880 ss.; J. M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular: examen del artículo 96 del Código Civil*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2010, p. 17 ss.; V. MORENO VELASCO, *La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores*, en *Diario La Ley*, núm. 7843, 2012; C. PINTO ANDRADE, *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Barcelona, 2011; E. ROCA TRÍAS, en *Código Civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO *et alii*), I, Cizur Menor, 2011, *ad art. 96 CC*, p. 521 ss.; Mª G. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 737, 2013, p. 1893 y ss.; Mª J. SANTOS MORÓN, *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 (julio-septiembre 2014), p. 1 y ss.; J. A. TAMAYO CARMONA, *¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?*, en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 10, 2011; ID., *El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro*, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, p. 264 ss.

cónyuges, exigiendo, por lo general, su compra una serie de desembolsos patrimoniales prolongados en el tiempo (amortización del préstamo hipotecario), de modo que el progenitor que debe abandonar el domicilio puede no tener capacidad económica para poder adquirir o alquilar otra residencia, si no se vende la anterior, venta que, además, es extremadamente difícil mientras persiste ese derecho de uso, que, según reiterada jurisprudencia, es oponible a terceros adquirentes del inmueble no protegidos por el art. 34 LH².

² Más allá de los debates sobre la naturaleza jurídica de la figura, lo cierto es que es comúnmente admitido por los Tribunales que el derecho de uso atribuido al progenitor no propietario (o copropietario), aún no inscrito en el Registro de la Propiedad, es oponible al tercer adquirente (no protegido por el art. 34 LH) a quien el otro progenitor haya enajenado la vivienda de la que es titular exclusivo (sin perjuicio, además, de que el asignatario pueda hacer uso de la facultad de anulación del contrato celebrado sin su consentimiento *ex art.* 96.IV CC); y también al adjudicatario en pública subasta de la vivienda común, cuando la misma haya tenido lugar, como consecuencia del ejercicio de la acción división de la comunidad, si no ha habido acuerdo respecto de la división entre ambos progenitores.

Consagran, así, la oponibilidad a terceros del derecho de uso, entre otras, STS 11 diciembre 1992 (RAJ 1992, 10136), STS 18 octubre 1994 (RAJ 1994, 7722), STS 31 diciembre 1994 (RAJ 1994, 10330), STS 4 abril 1997 (RAJ 1997, 2636), STS 22 abril 2004 (RAJ 2004, 2713), STS 14 enero 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323), STS 8 octubre 2010 (RAJ 2010, 7445) y STS 22 noviembre 2010 (RAJ 2011, 936), STS 18 marzo 2011 (RAJ 2011, 935).

Por lo demás, en el Derecho español es incuestionable que, extinguida la sociedad de gananciales (por la sentencia de separación o divorcio) y atribuida (en el proceso de liquidación de aquélla) la propiedad de la vivienda familiar a ambos cónyuges *pro indiviso*, la circunstancia de que el uso de la misma se asigne a uno de ellos, no impide al otro que, a falta de acuerdo, pueda pedir (conforme a la regla general del art. 400.I CC), la división de la cosa común que, siendo natural o funcionalmente indivisible, habrá de realizar mediante su venta judicial.

Así mismo la división y la consiguiente venta judicial de vivienda, que (en este caso, por definición) puede llevarse a cabo, sin el consentimiento del titular del derecho de uso, no extingue este derecho de uso, el cual, como ya se ha dicho, es oponible a terceros no protegidos por el art. 34 LH. Véanse en este sentido, entre otras, STS 28 marzo 2003 (RAJ 2003, 3040), STS 8 mayo 2006 (RAJ 2006, 2342), STS 27 junio 2007 (RAJ 2007, 3865), STS 18 enero 2010 (RAJ 2010, 1274), STS 18 marzo 2011 (RAJ 2011, 935) y STS 27 febrero 2012 (RAJ 2012, 3383).

Es paradigmática la STS 18 enero 2010 (RAJ 2010, 1274), la cual, al igual que la posterior STS 18 marzo 2011 (RAJ 2011, 935), afirma lo siguiente: “El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división”.

¿Pero cuál es la naturaleza jurídica del derecho de uso?

En la actualidad en la jurisprudencia claramente predomina la tesis de que no es un derecho real, la cual nace claramente, en relación con casos en que la propiedad de la vivienda familiar no pertenecía a ninguno de los cónyuges, sino que había sido cedido gratuitamente su uso por los familiares de uno de los cónyuges. La STS 31 diciembre 1994 (RAJ 1994, 10330), respecto a un caso que los cónyuges poseían la vivienda en concepto de precaristas, en relación a la sentencia que atribuyó el derecho de uso, habla de una “decisión judicial, oponible ‘erga omnes’, aunque no generadora de un derecho real”.

Posteriormente, la importante STS 14 enero 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323) fija doctrina jurisprudencial, con el fin de resolver el problema planteado con la atribución del derecho de uso a un progenitor sobre la vivienda familiar, cuyo uso fue cedido a ambos cónyuges en precario por los padres del no asignatario. Dice, así, que “el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado o de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)”. Esta doctrina es seguida por todas las posteriores, como, por ejemplo, STS 8 octubre 2010 (RAJ 2010, 7445) y STS 22 noviembre 2010 (RAJ 2011, 936), la cual, no obstante, considera no oponible el derecho de uso al adquirente en pública subasta de la vivienda, como como consecuencia de un proceso de ejecución iniciado antes de la fecha de la sentencia que lo atribuyó a la mujer, ante el impago (constante el matrimonio) de ambos cónyuges. La misma doctrina del Pleno se recoge en STS 18 marzo 2011 (RAJ 2011, 935), según la cual “el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros”.

Evidentemente esta orientación jurisprudencial está influida por la mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notarios (a la que, como se ha visto, la propia Sentencia del Pleno alude), entre otras, por RDGRN 10 octubre 2008 (RAJ 2009, 634) y RDGRN 18 noviembre 2009 (RAJ 2010, 1667), según la cual “el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo –que puede ser variable– así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su

Lo cierto es que el art. 96 CC (norma española estatal de referencia en la materia), presta escasa atención al interés del cónyuge a quien no se concede el uso de la vivienda familiar, ya que su finalidad primordial es asegurar, como no podía ser menos, el interés preferente del menor a seguir teniendo cubierta su necesidad de habitación (cumpliendo, así, el mandato de protección integral de los hijos dirigido a los poderes públicos contenido en el art. 39 CE) y, en su caso, el del otro consorte, cuando su interés sea el más necesitado de protección.

custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho”.

A mi parecer, en el supuesto (en el que, sin duda, está pensando el art. 96 CC) de que la propiedad de la vivienda pertenezca a uno o a ambos progenitores, la calificación que mejor conviene a la naturaleza del derecho de uso, cuando éste es asignado al no titular o al titular parcial de la vivienda (y a los efectos frente a terceros que la jurisprudencia le confiere) es la de un auténtico derecho real de disfrute sobre cosa, total o parcialmente, ajena.

Es indudable que se da el elemento interno de los derechos reales, esto es, la inmediatez, pues el titular del derecho usa la vivienda directamente, sin necesidad de la intermediación de un tercero. En mi opinión, pese a lo que algunas recientes sentencias han afirmado [es emblemática la STS 14 enero 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323)] el derecho contemplado en el art. 96 CC no se identifica con la facultad (prevista en el párrafo cuarto del precepto) que el asignatario tiene para oponerse a la enajenación del inmueble hecha por el progenitor propietario, sin su consentimiento (o sin autorización judicial) y con la correlativa posibilidad de anulación del contrato que en su caso se hubiera celebrado. Es, más, creo que dicha facultad no forma parte del contenido del derecho, sino que es externa al mismo, presuponiendo su existencia como un hecho previo: se le otorga al titular del derecho de uso como un mecanismo (no exclusivo) para proteger la necesidad de habitación de los hijos encomendados a su cuidado (o, en defectos de hijos, la suya propia). Digo que no es un mecanismo de protección exclusivo, porque el no ejercicio de la acción de anulación no implica la extinción del derecho de uso, que persistirá frente a terceros adquirentes no amparados por la fe pública registral.

También, según se ha dicho, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, se da el elemento externo de los derechos reales, es decir, la oponibilidad natural a terceros no protegidos por el art. 34 LH, sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. Es cierto que hay derechos personales naturalmente oponibles a terceros (como son los arrendamientos urbanos o rústicos), pero ello sólo acontece cuando existe una norma expresa que así lo establece, excepcionalmente la regla general de que los derechos personales tienen carácter relativo, lo que en el supuesto que nos ocupa no tiene lugar. Por lo tanto, resultaría un tanto contradictorio afirmar que estamos ante un derecho, que no es real, pero que produce efectos reales, los cuales, por cierto, son los que mejor se ajustan a una interpretación finalista del art. 96.I CC en clave constitucional: si la razón de ser del precepto es hacer efectivo el mandato constitucional de protección de los hijos menores de edad en la modalidad habitacional, es claro que la mejor manera de garantizarlo es mantener la continuidad del derecho de uso asignado al progenitor con quien convivan en el caso de enajenación de la vivienda a un tercero.

Por otro lado, la conceptualización del derecho de uso como real es lo que coherentemente explica la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad, al amparo del art. 1.I LH y 7 RH, y añadir, así, a su oponibilidad natural la que resulta de la publicidad registral, evitando el riesgo de que el titular del derecho no pueda oponerle a un tercer adquirente protegido por el art. 34 LH. Es verdad que hay derechos personales que pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, y no por ello se convierten en reales, pero ello sólo es posible cuando, como sucede con los arrendamientos (art. 2.5º LH) o con el derecho de opción (art. 14 RH), una norma así lo prevé.

¿Por qué entonces la resistencia de la actual jurisprudencia a admitir la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar? Sin duda, porque no es posible sostenerla fuera del caso prototípico en el que la vivienda pertenezca en propiedad a uno o ambos progenitores. Si la vivienda es arrendada o es ocupada por la familia a título de precario o comodato, es evidente que el art. 96 CC no permite al juez generar un derecho real sobre la base de una mera situación de hecho (precario) o de un derecho personal (arrendamiento o comodato): en virtud de la asignación del derecho de uso, no es posible convertir a quien, a lo sumo, era titular de un derecho de crédito (suponiendo que lo fuera él, y no el otro progenitor) y poseía la vivienda de manera mediata (merced a la obligación de no hacer asumida por el arrendador o el comodante) en titular de un derecho real oponible a terceros y, por lo tanto, también al propietario del inmueble (comodante o arrendador, quedando a salvo, eso sí, el derecho de subrogación del inquilino en los términos previstos en el art. 15.2 LAU). Ahora bien, a mi parecer, esto no significa que en el caso prototípico el derecho de uso no tenga carácter real, pues, como he dicho, en él concurren los elementos que la doctrina clásica asigna a este tipo de derechos: inmediatez y absolutividad.

El derecho de uso no se crea abstractamente por la sentencia, sino que presupone una realidad jurídica previa sobre la que se proyecta, la cual determina su naturaleza, que, por lo tanto, no es siempre uniforme: en consecuencia, habrá unos casos en los que el derecho sea real y otros en los que no lo sea. En particular, no lo será cuando la vivienda esté arrendada, en cuyo caso, conforme al art. 15 LAU (en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio) el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la misma cuando le haya sido atribuida *ex art. 96 CC* y, si la duración del derecho de uso fuese superior a la que reste por cumplir el contrato de arrendamiento (incluidas las prórrogas legales), “pasará a ser titular del contrato”, produciéndose, pues, una subrogación, siempre que lo notifique “al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda”.

Por ello, el art. 96.I CC 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”³.

Pero, con frecuencia, se ha acentuado la protección del interés de los hijos menores establecida en el precepto, llegándose a soluciones, a veces, desproporcionadas, contra las que ha comenzado a reaccionarse, buscándose una armonización más justa de los todos los intereses en juego, que tenga también en cuenta la situación del cónyuge en cuya compañía no quedan los hijos menores de edad⁴.

Precisamente, el objeto del presente trabajo es exponer y reflexionar sobre la corrección jurisprudencial llevada a cabo por los Tribunales españoles (acompañados en este punto por las legislaciones autonómicas) de la rigidez de los criterios consagrados en el art. 96 CC, los cuales, además, se ven necesariamente afectados, porque el sistema de custodia monoparental sobre el que se asienta el precepto está siendo progresivamente sustituido (en el Derecho común, por obra de la jurisprudencia) por otro, en el que el sistema de custodia compartida está dejando de ser una realidad jurídica anómala o excepcional.

2. La asignación del uso de la vivienda familiar presenta, en efecto, indudables conexiones entre el régimen de custodia establecido tras la nulidad, separación o divorcio.

Como acabo de decir, el art. 96.I CC parte de la tesis de que, en los casos de crisis familiares, el régimen de custodia sobre los hijos menores es individual y, por consiguiente, el uso de la vivienda familiar se asignará a uno de los progenitores (a quien se atribuya la custodia de los mismos y en tanto la misma persista), procurando no separar a los hermanos

Sin embargo, lo cierto es que este presupuesto ha ido quebrando progresivamente en el ordenamiento jurídico español.

Ante todo, como consecuencia de la Ley de 8 de julio de 2005, la cual dio nueva redacción al art. 92 CC, admitiendo el precepto en su número 5 que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida, si así lo solicitan ambos progenitores en el convenio

³ El precepto se refiere, exclusivamente, a la “vivienda familiar”, esto es, a la vivienda principal en la que habitualmente residen los miembros de la familia. No entran, pues, dentro de este concepto las casas que sólo son habitadas durante una parte del año, por ejemplo, en vacaciones; y tampoco, según constata la STS 9 mayo 2012 (RAJ 2012, 5137), las segundas residencias o los locales en los que se ejerce una profesión o negocio, cuya atribución (salvo que otra cosa acuerden las partes) “debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico-matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges”. M^{ra} I. DE LA IGLESIA MONJE, *Atribución judicial*, cit., analiza la referida sentencia y la pone en relación con fallos de la jurisprudencia de instancia (véanse, en particular, pp. 1181-1884).

Sobre el concepto de vivienda familiar, véase *in extenso* A. I. BERROCAL LANZAROT, *Criterios para la atribución*, cit., pp. 1348-1351, que observa que, aunque la vivienda ha de ser un inmueble, no obstante se admite como tal “los muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las roulettes, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual”.

La reciente STS 25 marzo 2015 (JUR 2015, 98077) confirmó la sentencia recurrida, que, revocando la sentencia de primera instancia, había atribuido el uso de la vivienda familiar al padre. Dice, así, que “En el caso enjuiciado la inferencia del Tribunal de Instancia no aparece como ilógica o arbitraria, ya que el interrogatorio de parte lo interrelaciona con el resto de circunstancias tenidas en consideración como es el hecho de que la recurrente sea la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace”.

⁴ J. A. TAMAYO CARMONA, *El derecho de uso*, cit., p. 270, habla de un “rigorismo” en la aplicación del art. 96 CC, fundado en “el interés prevalente del menor en cualquier decisión que pueda afectarle”, que ha llevado a “atribuir si más el derecho de uso al cónyuge custodio”.

regulador o en el transcurso del procedimiento (con las cautelas previstas en el número 6, encaminadas a valorar “la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”). Así mismo, según el número 8 de la norma, el Juez podrá establecer el régimen de custodia compartida, incluso, en defecto de acuerdo de ambos progenitores (siempre que lo pida uno de ellos)⁵, pero sólo “Excepcionalmente”, oído el Ministerio Fiscal⁶, y “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”⁷.

La solución es diferente en las más recientes legislaciones autonómicas sobre la materia, donde hay dos orientaciones: a) la custodia compartida no es un régimen excepcional, respecto de la individual, estableciendo el juez (a falta de acuerdo de los progenitores) una u otra modalidad, teniendo en cuenta el interés superior del menor (art. 233-10 y 11 CC de Cataluña y art. 3 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo); o b) la custodia compartida no sólo no es excepcional, sino que se considera “abstractamente” como lo más conviviente para el menor, por lo que es la regla general, salvo que concurren circunstancias probadas, que aconsejen atribuir la custodia a uno de los progenitores, en interés siempre de los hijos (art. 80 CDF de Aragón, art. 5 de la Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, de 1 de abril, y art. 9 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio).

En particular, el art. 81.1 CDF de Aragón establece que “En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”. Por su parte, el art. 6.1 de la Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana dispone que “A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”. Más recientemente, el art. 12.4 de la Ley 7/2015 del País Vasco dispone 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”.

⁵ Así se deduce claramente del art. 92.8 CC, que exige que el juez actúe “a instancia de una de las partes”, por lo que no puede imponerse de oficio una custodia compartida no pedida por ninguno de los progenitores. Véase, en este sentido, STS 19 abril 2012 (RAJ 2012, 5090) y STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269).

⁶ Téngase en cuenta que la STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró inconstitucional la exigencia, prevista en el art. 94.8 CC, de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al art. 117.3 CE.

⁷ El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de ser aprobado, supondría una nueva manera de aproximación legislativa al fenómeno de la custodia compartida, la cual, como ya sucede en la doctrina jurisprudencial más reciente (que, según se expone *supra* en texto, se aparta del claro tenor del vigente art. 92 CC), dejaría de ser excepcional, siendo un régimen alternativo (aunque no preferente) al de la custodia individual, que el juez podría acordar en atención al interés del menor, incluso aunque no fuera solicitada por ninguno de los progenitores (en esto el Anteproyecto se aparta de la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual exige, para poder acordarse la custodia compartida, que así lo solicite, al menos, uno de los progenitores).

Así, según la redacción que se propone para un nuevo art. 92 *bis* CC, concretamente, en su número primero, párrafo primero, “El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida”, añadiéndose en el párrafo segundo del precepto que “Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”.

Es claro que en los casos de custodia compartida, han de buscarse criterios de atribución de la vivienda distintos al previsto en el art. 96.I CC⁸, que, como he dicho, presupone que la custodia se atribuye a uno de los progenitores y, además, que los hijos, durante su minoría de edad (sobre esto insistiré más adelante), continúan viviendo en la misma casa: para que ello fuera posible sería necesario que cada uno de los padres tuviera a su disposición una vivienda distinta en la que residir en los períodos de tiempo en que no le correspondiera vivir con los menores, esto es, se requerirían tres casas, exigencia que difícilmente podría cumplirse en familias de economía media (y, más, en la actual situación de crisis económica)⁹.

La búsqueda de criterios alternativos de atribución de la vivienda familiar en el Derecho común¹⁰ se ha acentuado desde el momento en que recientemente la jurisprudencia, con apoyo en el principio de protección del interés superior del menor, ha llevado a cabo una labor de “corrección” del art. 92.8 CC, rechazando el carácter excepcional con que el precepto (en defecto de acuerdo de los progenitores) contempla la custodia compartida, considerándola incluso (de manera tendencial) lo más conveniente para los hijos (aunque sin llegar a la solución de los legisladores aragonés y valenciano)¹¹.

Ha establecido, así, como doctrina jurisprudencial consolidada que la custodia compartida “debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren 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; el resultado de los informes exigidos legalmente, 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”; se afirma, así, “que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”¹².

Se prima, pues, el interés del menor, afirmándose que su protección “exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una

⁸ Véase sobre este argumento, M^a D. CERVILLA GARZÓN, *Custodia compartida*, cit., 45 ss.; M. I. DE LA IGLESIA MONJE, *Custodia compartida*, cit., p. 2235 ss.; V. MORENO VELASCO, *La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.*, en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009; y M^a G., RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de Cosas*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 736, 2013, p. 1133 ss.

⁹ Lo evidencia la STS 24 octubre 2014 (RAJ 2014, 5180).

¹⁰ Véase a este respecto C. GIL MEMBRADO, *La vivienda*, cit., pp. 150-157.

¹¹ Dan cuenta de la situación actual de la cuestión en la jurisprudencia: A. I. BERROCAL LANZAROT, *El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, p. 3284 y ss.; A. HERRANZ GONZÁLEZ, *Guarda y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación*, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, p. 592 ss.; F. MECO TEBAR, *La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre, ibi*, 2014, núm. 18, p. 420 ss.; ID, *La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 9 de julio, ibi*, 2015, núm. 19, p. 584 ss.; y S. RODRÍGUEZ LLAMAS, S. *La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés del menor. Comentario a la STS 679/2013, de 20 de noviembre, ibi*, 2015, núm. 19, p. 562 ss.

¹² Tal es la doctrina que establece la STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269), y que es seguida por otras muchas posteriores, como la STS 19 julio 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 25 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7873), STS 25 abril 2014 (RAJ 2014, 2651), STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”¹³. Se afirma que ello es “el corolario lógico de 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, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación”¹⁴. “Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”¹⁵.

Obviamente esta nueva orientación jurisprudencial está produciendo un aumento del número de custodias compartidas no solicitadas por ambos progenitores, en las que esta falta de acuerdo también se proyecta sobre el uso de la vivienda familiar, planteando la necesidad de que, al igual que sucede en las legislaciones civiles autonómicas, se formule un criterio que permita decidir la cuestión, que, a nuestro parecer, respetando siempre el interés superior de los hijos, ha de ser el de la protección del progenitor que objetivamente se encuentre en mayores dificultades de acceso a la vivienda (tal y como hemos visto acontece en la legislación aragonesa y valenciana), pero bien entendido que la atribución tiene aquí un puro carácter instrumental: no es que se le asigne temporalmente el uso de la casa familiar (como cuando no hay hijos prevé el art. 96,III CC) para satisfacer su necesidad de habitación, sino la de los menores que están a su cargo, para que los mismos puedan tener cubierta dicha necesidad durante el período en que convivan con el progenitor asignatario.

De donde se deduce que, si no existe una objetiva necesidad de uno de los progenitores de usar la vivienda o ésta no es mayor que la del otro, no procede la atribución del uso a ninguno de ellos, por lo que, siendo común el inmueble, podrá procederse a su venta en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial¹⁶.

Recientemente, se ha decidido que “dado que adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de

¹³ STS 19 julio 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894) STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

¹⁴ STS 25 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7873), la cual acuerda el cambio del régimen de custodia (de individual en favor de la madre a compartida), a pesar de la existencia de malas relaciones entre los padres (lo que suele acontecer cuando ambos no están de acuerdo con compartir la custodia de los hijos menores). Dice, así, que “El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor, dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos”.

No obstante, la STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894) matiza que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

¹⁵ STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

¹⁶ Según la redacción del art. 96.2, II CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, “En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad”.

dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, 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, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses, la cual al oponerse al recurso ya manifestó que era su intención liquidar la sociedad de gananciales conforme al art. 1404 del C. Civil, para evitar más litigios”¹⁷.

Pero la jurisprudencia ha ido más lejos, excepcionando la consolidada regla (a la que en su momento me referiré con detenimiento), según la cual no es posible establecer limitaciones temporales a la atribución del uso de la vivienda asignado al progenitor custodio, mientras persista la minoría de edad de los hijos. Por el contrario, en los supuestos de custodia compartida, a través de una aplicación analógica del art. 96.III CC, se ha inclinado por establecer una limitación temporal del derecho de uso concedido al progenitor que se encuentra en mayores dificultades de acceder a otra vivienda, que valore también el régimen de propiedad de la misma, solución que creo razonable, si tenemos en cuenta que dicha limitación será siempre revisable, pudiendo prorrogarse el uso en favor del progenitor que inicialmente lo tuviera atribuido, si persiste esa imposibilidad objetiva de acceso a otra vivienda.

Ha dicho así: “Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede 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’. 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 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. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

Concretamente, se atribuyó a la madre el uso de la vivienda privativa del marido, pero sólo por dos años, estimándose que “Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad [33 años], y cualificación (química) la situación económica mediante el acceso a un trabajo, que incrementa los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio

¹⁷ STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023).

de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”¹⁸.

3. La jurisprudencia ha abierto una vía de interpretación en la que, mi juicio, debe profundizarse, esto es, la de poder realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta, siempre que ésta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación, la cual está comprendida dentro de los alimentos que deben prestarles sus progenitores¹⁹.

Ciertamente, la idea que parece presidir la redacción del art. 96.I CC es la de que los menores queden, precisamente, en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, presuponiendo que esta solución es la más favorable²⁰. Ahora bien, la aplicación de este precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede interpretarse con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del padre no custodio a la posibilidad de tener una residencia propia. De hecho, lo previsto en el precepto, sólo se aplica “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez”; y, si los cónyuges pueden pactar, de común acuerdo, que los hijos y el padre que quede con ellos, pasen a habitar otra vivienda, no se comprende por qué el juez no ha de poder adoptar esta medida a petición de uno de ellos, cuando la oposición del otro, por carecer de justificación objetiva y razonable, sea abusiva²¹. Por otro lado, la normalización

¹⁸ STS 24 octubre 2014 (RAJ 2014, 5180).

¹⁹ M. CUENA CASAS, *Uso de la vivienda*, cit., p. 16, se refiere a la excesiva magnificación del impacto negativo que para los menores tiene un cambio de vivienda, afirmando que “Es claro que el mantenimiento de los menores en su vivienda habitual es la solución óptima, pero el artículo 96 CC creo que en este punto provoca una situación desequilibrada, pues no concede margen de maniobra para atender a los intereses y necesidades también dignas de protección del cónyuge no custodio”.

²⁰ S. SALAZAR BORT, *La tutela especial*, cit., p. 46, afirma que la norma es una manifestación de lo que (con clara influencia de la doctrina científica italiana) denomina “principio de mantenimiento de los hijos menores en su entorno habitual”, principio sobre el que autor profundiza en las pp. 49-51.

²¹ A mi parecer, no estamos ante una cuestión puramente patrimonial, sino también existencial, que tiene que ver con la posibilidad de que un cónyuge divorciado se encuentre en una posición razonable que le permita rehacer su vida (por supuesto, sin eximirse de las responsabilidades derivadas de su anterior matrimonio), que puede fundamentarse en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE.

El derecho a contraer matrimonio es manifestación del principio de libertad nupcial, el cual, a su vez, tiene una evidente conexión con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en la medida en que, a través de dicha libertad, se salvaguarda un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolver en ella la propia personalidad

Las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que, sin duda, han operado una de las más profundas reformas en la regulación del matrimonio tienen, sin duda, un hilo conductor, consistente en la “personalización” del matrimonio. Las referidas leyes, en efecto, hacen jugar al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad una importancia hasta ahora desconocida. Acentúan, así, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes. Las propias Exposiciones de Motivos de las leyes ponen de manifiesto esta idea. Así, la de la Ley 13/2005, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, así, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se refiere a la exigencia del “establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquéllos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad”. La Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio afirma que “se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

Ahora bien, estimo que el principio de libre desarrollo de la personalidad no sólo incide en el derecho a contraer matrimonio y en el de las causas de desvinculación, sino que su proyección es más amplia: no se puede reconocer a una persona la posibilidad de divorciarse en términos tan exorbitantes como hace la legislación española y luego someter a uno de los cónyuges a una serie de “cargas” tan rigurosas que, de hecho, le impidan rehacer su vida, a través de la formación de una familia basada, quizás, también en el matrimonio.

En la Ley 15/2005, de 8 de julio, parece traslucirse esta preocupación, si bien, en el ámbito de la pensión compensatoria, al dar una nueva redacción al art. 97.1 CC, conforme al cual aquélla podrá consistir, bien en el pago de una prestación única, bien (y éste es el supuesto más frecuente) en el pago de una pensión periódica, la cual, a su vez, puede ser temporal

de la custodia compartida con la fijación de tiempos de convivencia tendencialmente idénticos de los hijos con ambos progenitores supone un cuestionamiento de la idea de que los menores deben permanecer siempre en la misma casa y acentúa una interpretación del art. 96 CC en clave alimenticia.

La jurisprudencia ha avalado esta interpretación del art. 96.I CC considerando que la esencia de la razón de ser de la disciplina en él consagrada es asegurar la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos menores en una modalidad habitacional.

Ha dicho, así, que “cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC”²².

Es, por ello, que, con argumentación semejante, no ha atribuido el uso de vivienda familiar al progenitor custodio en otros casos (en los que éste tenía a su disposición otra casa apta para satisfacer la necesidad de habitación de los hijos de forma digna y adecuada). Así, cuando el padre custodio, con un alto nivel económico, ha alquilado una vivienda por lo que paga 1.800 euros mensuales, de modo que “el interés de los menores queda plenamente amparado y no se produce violación del art. 96 del CC”²³; cuando la madre custodia ha “adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que ésta quede desprotegida de sus derechos” pues, “cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre”, “y no sólo 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

o vitalicia, lo que dependerá de las circunstancias del caso: no es, así, lo mismo que quien solicita la prestación compensatoria sea una mujer joven, con una alta cualificación profesional (o una funcionaria en situación de excedencia voluntaria), que, por el contrario, sea una persona mayor de edad, dedicada durante toda su vida al cuidado de la familia. Por lo tanto, como observa la STS (Pleno) 19 enero 2010 (RAJ 2010, 417), para decidir el carácter temporal o vitalicio de la pensión habrá que valorar la aptitud del perceptor de la misma “para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio”.

²² STS 29 marzo 2011 (RAJ 2011, 3021).

Es cuestionable la solución a la que llegó la STS 30 septiembre 2011 (RAJ 2011, 7387), que, en clara contradicción con esta idea, consideró improcedente la solución adoptada por la resolución recurrida, que creo era perfectamente razonable. En segunda instancia se había dispuesto que la mujer y los hijos menores pasaran a ocupar una vivienda en alquiler (elegida por aquélla), durante todo el tiempo en que durara la minoría de edad de los hijos, constituyendo el marido un depósito bancario, con cargo al cual sería pagada la renta mensualmente. Frente a ello, el Tribunal Supremo, afirma que se trata de “una solución imaginativa que podría haberse aplicado si los progenitores hubiesen estado de acuerdo y ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad que preside el art. 96.1 CC. Pero cuando el divorcio se tramita como contencioso y el juez actúa de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC, no es adecuada la interpretación de la norma en la forma propuesta en la sentencia recurrida, porque los jueces están sometidos al imperio de la ley [...] que obliga a decidir en interés del menor”. Desde mi punto de vista, la satisfacción de la necesidad de vivienda de los menores no presupone necesariamente que hayan de residir en una vivienda que pertenezca, en todo o en parte, a sus padres, sino que se puede lograr realojándolos en una vivienda en alquiler, siempre que se garantice el pago de las rentas.

²³ STS 3 diciembre 2013 (RAJ 2013, 7834).

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”²⁴, o cuando existe una vivienda alternativa a la familiar (propiedad exclusiva del padre), que pertenece proindiviso a ambos progenitores, pues, “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 su madre”²⁵.

Las recientes leyes autonómicas sobre la materia refuerzan la lectura en clave de alimentos del derecho de uso²⁶.

Así, el art. 233-20 del Código civil de Cataluña, en su número 4, afirma que “Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”; y, en su número 6, que “La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos”.

A tenor del art. 6.2 de Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, “Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso”.

Según el art. 12. 6 de Ley 7/2015 del País Vasco, “El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado”.

4. Es evidente que, aunque el art. 96.I CC habla de “hijos”, ha de aplicarse, exclusivamente, a los hijos menores de edad. Si la razón por la cual el precepto atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor con quien convive el hijo radica en el hecho de que tiene encomendada su custodia, es evidente que esta circunstancia no concurre allí donde, alcanzada la mayoría de edad de los hijos, ha tenido lugar la extinción de la patria potestad.

²⁴ STS 5 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10135).

²⁵ STS 16 enero 2015 (JUR 2015, 3073).

En el mismo sentido se había pronunciado, respecto de un caso semejante, la STS 10 octubre 2011 (RAJ 6839), la cual consideró procedente que los menores pasaran a residir a otra vivienda, perteneciente en copropiedad a sus padres, debiendo abandonar aquella en la que habían vivido, que pertenecía en copropiedad al marido y a los abuelos paternos (67% y 33% respectivamente). Reiterando doctrina jurisprudencial consolidada, afirma que “La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC”.

²⁶ J. A. TAMAYO CARMONA, *El derecho de uso*, cit., p. 272, refiriéndose a la nueva orientación jurisprudencial, observa que, como consecuencia de ella “el automatismo de la medida a adoptar al tenor del art. 96.I CC queda sensiblemente relajado, al menos en lo que afecta a la prestación in natura del derecho de habitación de los menores”; y se pregunta (cara a un futuro): “¿Podrá ser cumplida por equivalente?, o en otros términos, ¿mediante una compensación económica integrada en la pensión alimenticia?”

El precepto es una expresión concreta del principio constitucional, según el cual “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a la hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda”, por ejemplo, cuando han sido incapacitados²⁷.

Este entronque del art. 96.I CC con el art. 39.3 CE impide, como, en su momento propugnara cierta jurisprudencia de instancia, limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda de carácter ganancial al progenitor custodio hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial²⁸. Creo que esta solución era contraria a la finalidad perseguida por el precepto, esto es, asegurar que los hijos menores, mientras persista su situación de minoría de edad, no se vean privados de la posibilidad de seguir usando la vivienda, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la misma (y, sin perjuicio de lo ya dicho, sobre la posibilidad de realojar a los menores en otra vivienda igualmente digna para satisfacer su necesidad de vivienda)²⁹. El precepto nada tiene que ver con el régimen económico matrimonial de los cónyuges, operando cualquiera que sea éste (sociedad de gananciales o separación de bienes), siendo, además, posible atribuir la vivienda de titularidad privativa de uno de los progenitores al otro, no propietario, en beneficio del hijo con el que este último conviva.

Por lo tanto, me parece impecable la ya consolidada doctrina jurisprudencial actual³⁰ (aplicable a los supuestos en que no haya custodia compartida), según la cual “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”, porque el art. 96.I CC “no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja”; de modo que “una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”³¹.

Es evidente que el genérico mandato constitucional de protección de los hijos no se proyecta sobre los mayores de edad, respecto de los cuales no juega el art. 96.I CC, sino que la protección de su necesidad de habitación debe discurrir por un cauce distinto, esto es, el de la obligación de alimentos entre parientes, regulada en los arts. 142 y ss. CC, de donde se deducen una serie de consecuencias.

²⁷ La STS 30 mayo 2012 (RAJ 2012, 6547) dice, así, 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, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

²⁸ De dicha jurisprudencia da cuenta M^a I. DE LA IGLESIA MONJE, *Atribución temporal*, cit., pp. 3453-3455.

²⁹ Es, por ello, que suscita dudas la constitucionalidad de la redacción del art. 96.3 CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, según el cual “En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda”.

³⁰ Criticada, en cambio, por M^a J. SANTOS MORÓN, *La atribución*, cit., p. 6, que tilda esta posición jurisprudencial de “rígida”, criticando, en general, el automatismo del art. 96.I CC, en lo atinente a la asignación automática del derecho de uso al progenitor custodio.

³¹ Véase, en tal sentido, STS 14 abril 2011 (RAJ 2011, 3590), STS 21 junio 2011 (RAJ 2011, 7325), STS 17 octubre 2013 (RAJ 2013, 7255), STS 29 mayo 2014 (RAJ 2014, 3889), STS 2 junio 2014 (RAJ 2014, 2842) y STS 28 noviembre 2014 (RAJ 2014, 6048).

En primer lugar, el progenitor con el que sigan conviviendo los hijos durante la minoría de edad, no tiene un derecho automático a que se prorrogue el derecho al uso de la vivienda familiar, sino que tendrá que demostrar la existencia de una situación objetiva de necesidad de ambos (art. 148.I y 152.3º CC) y, sólo, entonces, si su interés es el más merecedor de protección que el del otro progenitor (a falta de existencia de otras alternativas razonables), podrá pedir continuar en el uso de la casa con el hijo mayor de edad, por el tiempo que el juez estime prudencial, al amparo del art. 96.III CC, subordinada siempre a la persistencia de la necesidad de habitación, pues, en el caso de que desapareciese, podría instarse un procedimiento de modificación de medidas.

En segundo lugar, el hijo mayor de edad tampoco tiene derecho *per se* a continuar en el uso de la vivienda conyugal, incluso aunque probara el estado de necesidad, porque como ha declarado el Pleno del Tribunal Supremo, la prestación alimenticia a favor de los mayores (dentro de la cual se subsume la habitación) “admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”; por lo tanto, “Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella”; y concluye: “En definitiva, 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”³².

Como ya se ha dicho, el art. 96.I CC (en defecto de solución pactada) prevé la asignación de la vivienda familiar al progenitor en cuya compañía queden los menores, protegiendo el interés de estos últimos a ver satisfecha su necesidad de habitación. Pero, además, el art. 96.III CC contempla también la posibilidad de que, en el caso de que no haya hijos, el juez atribuya al cónyuge no titular, el uso de la casa, “por el tiempo que prudencialmente se fije”, “siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Por lo tanto el derecho de uso presenta una diversidad funcional, ya que con su atribución, no sólo protege el interés de los hijos menores de edad (atribuyéndose al progenitor custodio), sino también, en ciertos supuestos, el del cónyuge sin descendencia.

Ahora bien, hay que hacer dos precisiones: en primer lugar, a pesar de que el art. 96.III CC se refiere al supuesto de que no haya hijos, la jurisprudencia entiende que el precepto también se aplica cuando existen hijos mayores de edad³³ (porque, si no los son, la atribución corresponderá al progenitor custodio mientras persista su estado de minoría de edad); en segundo lugar, aunque el art. 96.III CC habla del “cónyuge no titular”, la jurisprudencia considera que la norma se aplica igualmente cuando el cónyuge beneficiario de la atribución es parcialmente propietario de la vivienda, por ser ésta común o tener carácter ganancial, en cuyo caso, parece prudente que el límite temporal del derecho de uso (garantizando, quizás, un mínimo período de ocupación) coincida con el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial³⁴ o con el de la venta del inmueble, si ésta

³² STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677), cuya doctrina reitera el reciente ATS 15 abril 2015 (recurso núm. 656/2014).

³³ Véase así STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677).

³⁴ Véase en este sentido STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677).

tiene lugar antes³⁵.

Hechas estas precisiones, conviene resaltar que la atribución del uso de la vivienda a quien no es titular exclusivo de la misma es excepcional. El art. 96.III CC la prevé, exclusivamente, cuando “su interés sea el más necesitado de protección”³⁶. Pero no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que, como recientemente ha declarado la jurisprudencia, será necesario probar que, “realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte”³⁷.

Se ha atribuido, así, el uso de la vivienda de carácter ganancial a los dos cónyuges por periodos alternativos de un año, porque en “ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento, siquiera la esposa con la pensión compensatoria a cargo del ex marido, en importe hoy próximo al salario mínimo interprofesional vigente para el año, y en ausencia de cargas que afrontar”³⁸; e igualmente, se ha desestimado la pretensión de la mujer (no existiendo hijos menores) de que se le asignara el uso de la vivienda familiar, porque la circunstancia de que era “la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace”³⁹.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la atribución del derecho de uso al cónyuge no titular, no sólo es excepcional, sino también temporal, por el plazo que “prudencialmente se fije” por el juez (art. 96.3 CC)⁴⁰.

En el mismo sentido se orienta el art. 233-1 del Código civil de Cataluña, que, en su núm. 1 f), prevé que “Si se atribuye el uso de la vivienda familiar a un cónyuge, la autoridad judicial debe fijar la fecha en que el otro debe abandonarla”. Por su parte, el art. 81.3 del Código de Familia de Aragón, establece que “La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal, que, a falta de acuerdo, fijará el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”.

5. Existen otras medidas (además del posible realojo de los menores en otra vivienda distinta), que razonablemente, ha ido adoptando la jurisprudencia para llegar a soluciones que tengan en mayor consideración el interés del progenitor, que, aun siendo copropietario o, incluso, propietario exclusivo de vivienda, pierda la posibilidad de usarla.

³⁵ Véase en este sentido STS 11 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7262).

³⁶ Véanse a este respecto las extensas consideraciones de E. MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución*, cit., pp. 99-122.

³⁷ STS 25 marzo 2015 (JUR 2015, 98077).

³⁸ STS 14 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10432).

³⁹ STS 25 marzo 2015 (JUR 2015, 98077).

⁴⁰ Según la redacción del art. 96.3 CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, cuando se atribuya la custodia a uno de los progenitores por una razón distinta a la de ser custodio de los hijos menores, dicha atribución “lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

5.1. Una, muy clara, avalada por la legislación autonómica, es la de considerar que dicha privación de uso supone una contribución de la obligación de alimentos de los hijos⁴¹, por lo que ha de ser tenida en cuenta⁴² en orden a fijar la cuantía de la prestación que, en su caso, deba satisfacer el progenitor no custodio⁴³, así como, también (creo yo) la cuantía de la eventual pensión compensatoria.

5.2. Además, la jurisprudencia actual⁴⁴, con evidente sentido común, entiende que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda común no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales, que, en consecuencia, deberán ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad⁴⁵.

Con esta solución se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado de la casa, al no habersele atribuido la custodia de los hijos menores, y, sin embargo, deba pagar, en exclusiva o en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo solicitado por ambos para la adquisición de la vivienda común, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos⁴⁶. La misma solución se mantiene, cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, en cuyo caso el pago del préstamo hipotecario sobre la cosa, perteneciente *pro indiviso* a ambos cónyuges, en régimen de comunidad ordinaria, se regirá por el art. 393 CC, de modo que se hará en proporción a sus respectivas cuotas de participación, que, salvo prueba, en contrario, se presumen iguales⁴⁷. En definitiva, el pago del préstamo hipotecario se hará

⁴¹ M. CUENA CASAS, *Uso de la vivienda*, cit., pp. 20-24, insiste en esta idea, mientras que, por el contrario, M^a J. SANTOS MORÓN, *La atribución*, cit., pp. 20, 26-31, no es partidaria de ella, considerando más procedente el pago al cónyuge propietario de una compensación económica directa por privación del derecho de uso.

⁴² Según la redacción del art. 96.4 CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, “La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge”.

⁴³ Cfr. art. 6.1 de la Ley de la Generalidad valenciana 5/2011, de 1 de abril.

⁴⁴ De la que da cuenta “in extenso” A. I. BERROCAL LANZAROT, *El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 736, p. 1066 y ss.; y con la que se muestra conforme M^a J. SANTOS MORÓN, *La atribución*, cit., pp. 8-11, 20, 24, aunque la considera insuficiente en orden a una correcta armonización de todos los intereses en juego, apelando a una mayor flexibilización de la regla del art. 96.I CC, proponiendo superar el automatismo que de dicho precepto resulta en favor de la asignación del uso al progenitor custodio, en particular, cuando la vivienda es privativa del otro, así como compensar el perjuicio patrimonial que sufre el cónyuge titular o cotitular privado del uso imponiendo al beneficiario del mismo la obligación de pagarle una compensación económica.

⁴⁵ En este sentido se orientó la importante STS 28 marzo 2011 (RAJ 2011, 939), que revocó la sentencia apelada, la cual había establecido que el cónyuge no custodio debía satisfacer el 80% de las cuotas del préstamo hipotecario (frente al 20% del otro), argumentando que este mayor porcentaje se justificaba por su consideración como aportación al pago de la pensión alimenticia. El Tribunal Supremo distingue dos tipos de gastos en relación con la vivienda familiar: a) De un lado, “los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio”. b) De otro lado, “el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial”. “Esto último –añade– está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio [...] En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente”.

⁴⁶ Según la redacción del art. 96.5, II CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, “En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución”.

⁴⁷ La STS 26 noviembre 2012 (RAJ 2013, 186) afirma que “no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia... la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales”. En el mismo sentido se pronuncia la STS 20 marzo 2013 (RAJ 2013, 4936), según la cual la hipoteca “no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la

conforme a lo que resulte del título de adquisición de la vivienda⁴⁸ y teniendo en cuenta los pactos a los que los cónyuges hubieran llegado con el banco al concertar el contrato; y ello sin perjuicio, de que, si quien paga en virtud de dichos pactos resulta no ser propietario de la vivienda, pueda reclamar, por vía de regreso, a quien realmente lo fuera⁴⁹.

5.3. Se ha admitido también la división material de una casa unifamiliar, cuando ello sea lo más adecuado para la protección del interés del menor y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las necesarias condiciones de habitabilidad: p.ej., se atribuye a la madre y a los hijos el uso de la planta primera del edificio y al demandado el uso de la planta baja y del sótano del inmueble, con la finalidad de conservar su taller, allí instalado, y de poder habitarlo, con la obligación de este último de costear las obras necesarias para hacer independientes dichas plantas⁵⁰.

5.4. Además, se impone en la práctica jurisprudencial⁵¹ la idea de que el cónyuge usuario de la casa familiar común, salvo pacto en contrario, debe pagar los gastos de suministro de servicios de la vivienda (p. ej., gastos de luz, agua, gas, teléfono) así como los ordinarios de comunidad⁵²; en cambio, el pago de los gastos extraordinarios de la comunidad, el seguro de hogar, así como el de los impuestos que graven la propiedad de la vivienda (por ejemplo, el IBI) deberá recaer sobre el titular o titulares de la misma, si ambos lo son, en la proporción en que lo sean⁵³.

Esta práctica jurisprudencial ha sido confirmada recientemente por el Tribunal Supremo, “en aras al equilibrio económico entre las partes”, distinguiendo dos planos: el de la relación (interna) de los cónyuges entre sí y el de la relación (externa) de éstos con la comunidad. Dice, así que nada impide que la sentencia de divorcio decida que “el excónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación”, lo que no obsta “para que de acuerdo con el art. 9 de la LPH sean

adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso es el de separación de bienes”.

⁴⁸ Véase en este sentido art. 233-23.1 CC de Cataluña y art. 12. 9 de Ley 7/2015 del País Vasco.

⁴⁹ Ésta solución es admitida por la STS 17 febrero 2014 (RAJ 2014, 918), que confirmó la sentencia recurrida, la cual había condenado al marido a pagar la mitad de la cuotas del préstamo hipotecario, a lo que se había obligado frente al banco al suscribir la hipoteca. La mujer sostenía que la vivienda se había puesto exclusivamente a su nombre para evitar que pudiera ser embargada por las deudas contraídas por su cónyuge en el ejercicio de su actividad empresarial. Afirma el Supremo que la sentencia objeto del recurso “no perturba el concepto de cargas del matrimonio, dado que se limita a constatar que la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio, como reconoce la parte recurrida, razón por la que procede desestimar el recurso, dado que no se aprecia el interés casacional alegado, pues la resolución recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, sin apartarse de la misma”.

⁵⁰ Véase en este sentido STS 30 abril 2012 (RAJ 2012, 5235).

⁵¹ Así como en la redacción del art. 96.5, I CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, según la cual “Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título”. No obstante, se matiza que “Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades”, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios”.

⁵² Véase en este sentido el art. 233-23.1 CC de Cataluña, que también pone a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, los “tributos y las tasas de devengo anual”. En el mismo sentido se pronuncia el art. 12. 9 de Ley 7/2015 del País Vasco.

⁵³ Véase a este respecto, por ejemplo, SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio (núm. recurso 283/2014).

ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad”⁵⁴.

5.5. Por último, hay una solución, que todavía no han adoptado los Tribunales que aplican el Derecho común, pero sobre la que creo que debiera reflexionarse, cual es la posibilidad de reconocer el derecho percibir una compensación económica directa al cónyuge que se vea privado del uso de la vivienda de la que es propietario, en todo o en parte.

A este respecto es interesante lo previsto en el art. 6.1 de la Ley de la Generalidad valenciana 5/2011, de 1 de abril⁵⁵, que establece lo siguiente: “En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso”⁵⁶. Esta misma solución ha sido recientemente adoptada por el art. 12. 7 de Ley 7/2015 del País Vasco.

6. Tratándose de progenitores que tienen atribuido el uso de la vivienda familiar, por su condición de custodios exclusivos de los hijos menores de edad, el derecho de uso se extingue al cumplir éstos la mayoría de edad; en los demás casos, cuando expira el plazo judicialmente fijado; y ello, sin perjuicio de que, si, en ese momento, persiste una situación de necesidad objetiva, dicho plazo pueda ser prorrogado.

No obstante, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, según la cual es posible satisfacer la necesidad de habitación de los hijos (también menores) con una vivienda distinta a la familiar, el derecho de uso puede extinguirse (instándose un juicio de modificación de medidas) antes de que los hijos menores alcancen la mayoría de edad o de que se cumpla el plazo de duración fijado (si el derecho corresponde a un progenitor sin hijos o con hijos mayores de edad), en el caso de que el asignatario adquiera a título oneroso o gratuito (por ejemplo, por herencia⁵⁷) en propiedad plena⁵⁸ o compartida (por

⁵⁴ STS 25 septiembre 2014 (RAJ 2014, 4963).

⁵⁵ El precepto sirve a M. CUENA CASAS, M., *Uso de la vivienda*, cit., pp. 29-32, como argumento para defender la posibilidad en Derecho común de establecer una compensación económica por privación del uso de la vivienda familiar en favor del cónyuge propietario, cuando la misma no tenga lugar por otros medios, como son la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia o compensatoria, o la atribución de beneficios en la liquidación de la sociedad de gananciales. El precepto es también invocado por SANTOS MORÓN, M^a J., “La atribución”, cit., pp. 30-31, en orden a defender la conveniencia de establecer una compensación económica independiente de minoración de la pensión alimenticia o compensatoria.

⁵⁶ Entre esas “circunstancias concurrentes” de las que habla el precepto, habrá que tener en cuenta, por ejemplo, como observa la SAP Valencia (Sección 10^a), núm. 583/2014, de 21 de julio (núm. recurso 500/2014), la cuantía de la pensión de alimentos que tenga que satisfacer el progenitor que pierde el uso de la vivienda, pues es posible que se reduzca su importe, precisamente, como consecuencia de no poder usarla. Igualmente, habrá que tener en cuenta la situación económica del adjudicatario del derecho de uso, que, si es muy precaria, puede determinar que no tenga que pagar compensación alguna o que el importe de ésta sea muy reducido. Así, por ejemplo, la SAP Valencia (Sección 10^a) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014), estableció una compensación de 50 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar propiedad del marido, teniendo en cuenta su “situación de desempleo y estrechez de ingresos económicos”.

⁵⁷ Así, la SAP Navarra (Sección 2^a), núm. 205/2001, de 1 de septiembre (núm. recurso 399/2000), estimó la demanda del marido, en la que éste solicitaba que se pusiera fin a la atribución del uso de la vivienda familiar (de su propiedad exclusiva) en favor de los hijos (ya mayores de edad) y de la madre, dado que la misma había heredado de sus padres dos pisos y había comprado un tercero con parte del dinero de la herencia. Afirma, así, que: “la adquisición por parte de [la demandada] de un patrimonio inmobiliario, por vía ‘mortis causa’, determina un cambio de circunstancias esencial, en relación a la situación que tenía cuando se dictaron las precedentes resoluciones judiciales, y que le permiten disponer, cuando menos en un medio plazo de tres viviendas aptas para su ocupación por la demandada, por lo que no es de

ejemplo, con un nuevo cónyuge o conviviente⁵⁹) una casa apta para satisfacer la necesidad de habitación que se trata de proteger⁶⁰ (o, recupere el uso de la que estaba alquilada, por extinción del contrato de arrendamiento⁶¹), pues podrá habitar en ella, o, si (como se prevé en el art. 337 *sexies*, párrafo primero, CCI) abandona la vivienda familiar de manera permanente para residir en otra⁶², sea de su propiedad⁶³ o ajena: por ejemplo, retorna a casa de los propios padres⁶⁴) o reside en la vivienda de otra persona con la que se vuelve a casar o con la que mantiene una convivencia *more uxorio*).

Pero a diferencia de lo que acontece con la pensión compensatoria, lo que en el ordenamiento jurídico español⁶⁵ no se admite es que el derecho de uso se extinga por el mero hecho de que el asignatario contraiga un nuevo matrimonio o conviva maritalmente con otra persona distinta a la del otro progenitor; y, a pesar de las duras críticas de un sector de la doctrina⁶⁶, no creo que esta solución sea desacertada.

Téngase en cuenta que, si la razón de la atribución (temporal) del uso estriba en la necesidad de habitación de un progenitor sin hijos menores de edad, la misma no desaparece por la circunstancia de casarse o de convivir con un tercero, sino, exclusivamente, cuando su nuevo cónyuge o conviviente *more uxorio* tenga una casa en la

apreciar en ella un interés más necesitado de protección que el del titular de la vivienda que ahora ocupa”.

⁵⁸ Como sucedió en el caso resuelto en la ya vista STS 5 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10135), confirmatoria de la sentencia de divorcio, que, modificando la medida adoptada en la sentencia de separación, atribuyó al marido el uso de la vivienda familiar, de la que era propietario exclusivo, porque posteriormente la madre custodia había “adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que ésta quede desprotegida de sus derechos”, porque “cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre”.

⁵⁹ Recuérdese que la STS 29 marzo 2011 (RAJ 2011, 3021) confirmó la sentencia de divorcio, que atribuyó al padre el uso de la vivienda familiar, la cual en la anterior sentencia de separación había sido asignada a la madre; y ello, porque en el tiempo que medió entre ambas resoluciones judiciales la madre había adquirido una nueva vivienda en copropiedad con la nueva pareja con la que convivía. Afirma, así, que “no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia”.

⁶⁰ Recuérdese que esta solución es la adoptada por el art. 6.2 de Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, según el cual “Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso”.

⁶¹ La STS 16 enero 2015 (JUR 2015, 47658) consideró procedente la modificación de medidas solicitada por el progenitor, que había pedido que el derecho de uso de la vivienda familiar, que era de su propiedad exclusiva, pasara a recaer sobre otra casa, propiedad de ambos progenitores, anterior residencia familiar y posteriormente alquilada, al extinguirse el contrato de arrendamiento. Observa que “el interés del menor, siempre prevalente, no queda mermado por el cambio de domicilio” y que “las necesidades de habitación del hijo menor quedan satisfechas a través de la vivienda alternativa que ha señalado la sentencia recurrida”.

⁶² Véase, en tal sentido, X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis familiares*, en *Actualidad Civil*, 1986, p. 1339.

⁶³ La SAP Murcia (Sección 4ª), núm. 364/2011, de 14 de julio (núm. recurso 637/2010), confirmó la sentencia apelada, que había atribuido al marido el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, dándose la circunstancia de que la madre había salido de ella con los hijos menores para habitar con ellos en otro piso, de procedencia familiar.

⁶⁴ La SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), núm. 300/2005, de 19 de septiembre (núm. recurso 312/2005), consideró que había que modificar la atribución del uso de la vivienda familiar en favor del cónyuge no custodio, al ser su interés el más necesitado de protección, y por haber sufrido el otro un accidente, que le hizo trasladarse con los hijos a la vivienda del abuelo paterno, para poder acudir a un centro de rehabilitación próximo a ésta. La Audiencia estimó “comprensible que [el padre custodio] se sienta más cómodo y seguro en compañía de familiares; como consecuencia de este cambio de residencia, las hijas han cambiado también de centro de estudios, medida que denota la previsión de que la situación se prolongue”.

⁶⁵ Salvo por el reciente art. 12.11 d) de Ley 7/2015 del País Vasco, a no ser que otra cosa se hubiese pactado expresamente.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, en sentido crítico M. CUENA CASAS, *Uso de la vivienda*, cit., p. 34; y Mª J. SANTOS MORÓN, *La atribución*, cit., p. 4.

que poder vivir con él. Por otro lado, si estamos ante un progenitor a quien se atribuye la vivienda familiar, por razón de ser el custodio exclusivo del hijo menor de edad, no parece que el hecho de que su nuevo cónyuge o conviviente tenga una casa le obligue a residir en ella, con el riesgo de que, si su posterior matrimonio o unión de hecho fracasa, no pueda volver a la vivienda familiar originaria para atender la necesidad de habitación del menor⁶⁷. Es cierto que, si el nuevo cónyuge o conviviente reside en la vivienda familiar del anterior matrimonio, es posible que éste obtenga un enriquecimiento injusto, por ejemplo, por disfrutar de una vivienda ajena, a pesar de tener otra propia, que no usa y tiene alquilada⁶⁸, caso éste, en el que podría pensarse en una compensación a su cargo en favor del progenitor propietario privado del uso de su casa.

7. El art. 39.1 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. El precepto habla de “familia”, y no de “familia legítima” (o “matrimonial”), por lo que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 CE), y en capítulo diverso. Ésta es la posición mantenida por la jurisprudencia constitucional desde tiempos tempranos⁶⁹, según la cual “el concepto constitucional de familia (no) se reduce a la matrimonial”⁷⁰. Por lo tanto, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.1 CE hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

Ahora bien, la inclusión de la familia de hecho en el genérico mandato de protección que la norma dirige a los poderes públicos, no prejuzga la cuestión del “grado” de dicha protección. Es, así, pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar: a) la Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quepa discriminar a aquéllos o a éstas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente; b) la Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho)⁷¹.

⁶⁷ Me parece adecuado el fallo contenido en la STS 16 junio 2014 (RAJ 2014, 3073). Al admitirse la demanda, se había asignado cautelar y temporalmente la custodia del menor al padre, manteniendo a la madre en el uso de la vivienda, dado que el padre tenía en esos momentos resuelto el problema de la vivienda en la casa de su pareja de hecho. “Ahora bien – dice el Tribunal Supremo –, ello no indica sin más que pueda 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, que constituyó el domicilio conyugal y que no fue abandonado de forma voluntaria, sino por imperativo del artículo 96 del CC, como consecuencia de la sentencia de separación”. “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 atribuir la a la esposa, sino para dejarla sin efecto, porque no se cumple la finalidad para que la que está prevista”.

⁶⁸ Sobre este caso llaman la atención M. CUENA CASAS, *Uso de la vivienda*, cit., p. 16, y M^a J. SANTOS MORÓN, *La atribución*, cit., p. 4, pareciendo a la primera de ellas que la solución que resulta de la aplicación del art. 96 CC es “escandalosa e indignante para el dueño del inmueble”.

⁶⁹ V. en este sentido STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992 (RTC 1992, 2232), STC 47/1993, de 8 de febrero de 1993 (RTC 1993) y STC 6/1993, de 18 de enero de 1993 (RTC 1993, 6).

⁷⁰ STC 116/1999, de 17 de junio de 1999 (RTC 1999, 116).

⁷¹ La STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 184), afirma que “lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza”. La STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994 (RTC 1994, 66), afirma que “no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la

Así pues, las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio, pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual. Como afirma reiterada jurisprudencia constitucional⁷², “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2)”; por el contrario, la unión de hecho, “ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”⁷³.

Por lo tanto, la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establecen ciertas normas estatales (señaladamente, el art. 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, a efectos de la subrogación en caso de muerte del arrendatario, y el vigente art. 174 de la Ley General de la Seguridad social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en orden a la percepción de la pensión de viudedad)⁷⁴ y autonómicas (las únicas que contienen una regulación sistemáticas de las uniones de hecho)⁷⁵ es una pura

mujer que decidan convivir 'more uxorio'. Más recientemente, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), afirma que “constatado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes, el legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”.

⁷² De la que se hace eco la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

⁷³ Este argumento sirve al TC para considerar que la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”, no incurre en una extralimitación competencial, vulnerando el art. 149.1., regla 8ª, CE, que, “en todo caso”, atribuye al Estado competencia exclusiva para regular “las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio”.

Observa que, “Así como la competencia estatal en relación con el art. 32.2 CE se refiere en todo caso al matrimonio, la Ley Foral 6/2000 disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa”. Y añade: “Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales que son los que, en este momento, interesan”.

⁷⁴ En la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 se constata que “En materia de supervivencia, las mayores novedades atañen a la pensión de viudedad y, dentro de ésta, a su otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho que, además de los requisitos actualmente establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad”.

⁷⁵ A saber, la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”, sustituida por el art. 234-1 a 14 del CC de Cataluña, la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”, sustituida por los arts. 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables” [de las que han sido declarados inconstitucionales, por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), todos los preceptos de carácter estrictamente civil, que imponían a los convivientes una serie de obligaciones, por el mero hecho de la convivencia, prescindiendo de su voluntad de asumirlas], la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables”, la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre “uniones de hecho” [cuyos arts. 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81), por extralimitación competencial]; la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”, la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”, la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho” o la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, “reguladora de las parejas de hecho”. La Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, ha introducido modificaciones en el estatuto jurídico de las parejas de hecho, quienes en la redacción anterior se equiparaban *ope legis* al matrimonio, exigiéndose ahora, en cambio, una declaración expresa respecto a este extremo en el momento de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. La norma autonómica sobre la materia más reciente es la Ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, de “uniones de hecho formalizadas”, cuyo art. 14 (que regula derechos sucesorios en favor del conviviente superviviente) ha sido suspendido por el ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO)].

opción del legislador, que, si bien puede encontrar cobertura en el art 10.1 CE (principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad), no es una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación (dejando siempre a salvo el principio de igualdad entre los hijos, cualquiera que sea su filiación), por lo que no nos parece pertinente justificarla en el art. 14 CE⁷⁶.

La inexistencia de identidad de razón entre la familia matrimonial y no matrimonial impide aplicar analógicamente a las convivientes de hecho las normas civiles dictadas para los cónyuges, entre la cuales, figura, precisamente, el art. 96.III CC⁷⁷.

En este sentido, hay que referirse a la clara doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Supremo⁷⁸, que, con buen criterio, ha excluido la aplicación analógica del art. 97 CC en el ámbito de la convivencia *more uxorio*, con el argumento de que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes. Dice, así, que “es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio (...) aunque las dos estén dentro del derecho de familia”; y añade: “Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”. “Por ello, debe huirse de la aplicación por ‘analogía iuris’ de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación analógica comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”⁷⁹.

⁷⁶ A este respecto, hay que recordar la consolidada doctrina jurisprudencial, según la cual el antiguo art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, que, a diferencia de lo acontece en la actualidad, reconocía el derecho a percibir pensión de viudedad, exclusivamente, al cónyuge (no al conviviente) supérstite, no era contrario al principio constitucional de igualdad

Así lo constatan las recientes SSTC (Pleno) 92/2014, de 10 de junio (RTC 2014, 92), y 93/2014, de 12 de junio (RTC 2014, 93), que, respectivamente, desestimaron una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de amparo, en los que se argumentaba que la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual vulneraba el art. 14 CE, toda vez que, al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca tenían derecho a percibir pensión de viudedad.

El TC reitera que “la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales”, insistiendo en “el amplio margen de apreciación y configuración del legislador en cuanto al régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y las situaciones que han de considerarse merecedoras de protección”; y concluye: “Ha de ser, por tanto, el legislador –en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público- el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance”.

⁷⁷ La jurisprudencia ha excluido, así, la posibilidad de aplicar analógicamente a las uniones de hecho las normas de la sociedad de gananciales, en particular, el art. 1344. Véase, en este sentido, STS 18 febrero 1993 (RAJ 1993, 1246), STS 22 julio 1993 (RAJ 1993, 6274), STS 27 mayo 1994 (RAJ 1994, 3753), STS 20 octubre 1994 (RAJ 1994, 7492), 30 diciembre 1994 (RAJ 1994, 10391), STS 4 marzo 1997 (RAJ 1997, 1640), 4 junio 1998 (RAJ 1998, 3722), 23 julio 1998 (RAJ 1998, 6131), 22 enero 2001 (RAJ 2001, 1678) y STS 23 noviembre 2004 (RAJ 2004, 7385).

⁷⁸ STS (Pleno) 12 septiembre 2005 (RAJ 2005, 7148).

⁷⁹ Excluida la aplicación analógica del art. 97 CC y constatada la inexistencia de algún pacto, expreso o tácito, de los convivientes, el Pleno del Supremo se decanta por aplicar a la liquidación de las uniones de hecho el principio general del Derecho de prohibición del enriquecimiento injusto, de acuerdo, así, con una orientación jurisprudencial, que podemos calificar de tradicional, y que, en mi opinión, nunca debía haber sido abandonada.

Por supuesto, aparte del posible recurso al principio de prohibición de enriquecimiento injusto, al liquidar las relaciones de la unión de hecho, cabe apreciar, en su caso, la existencia entre los convivientes de una comunidad de bienes tácitamente constituida o de una sociedad irregular que tuvo por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional o económica.

Por las mismas razones, la jurisprudencia, tras ciertas vacilaciones iniciales⁸⁰, se ha decantado claramente en contra de la aplicación analógica del art. 96.III CC a las uniones de hecho, afirmando que, a falta de hijos menores de edad, no es posible atribuir, al conviviente más necesitado de protección el uso de la vivienda familiar⁸¹. Por el contrario, como es lógico, sí aplica analógicamente en las uniones de hecho el art. 96.I CC, pues, por imperativo constitucional, la posición de los hijos menores de edad es la misma, con independencia de su filiación, por lo que no cabe que reciban un tratamiento distinto, de manera que procederá la atribución (sin limitación temporal) del uso de la vivienda familiar al progenitor (no casado) con el convivan, mientras persista su minoría de edad⁸².

Sentada la imposibilidad de que los Tribunales apliquen analógicamente el art. 96.III CC a las uniones de hecho, cabría plantarse otra cuestión: ¿sería posible que el legislador extendiera imperativamente la solución que establece el precepto al caso de ruptura de la convivencia *more uxorio*, de tal manera que se pudiera llegar a atribuir al conviviente más necesitado de protección el uso de una vivienda familiar de la que no fuera propietario exclusivo, en perjuicio del otro, que sí lo fuese, en todo o en parte?

Me parece dudoso, a la luz de la doctrina recientemente sentada por el Pleno del Tribunal Constitucional, que, con indudable acierto, ha declarado inconstitucionales diversos artículos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”⁸³, de los que resultaba la imposición, con carácter imperativo, de una serie de derechos y obligaciones de carácter civil a los integrantes de la unión de hecho, derivados del puro hecho de convivir maritalmente durante un período ininterrumpido mínimo de un plazo que no era necesario, cuando tuvieran descendencia.

El Tribunal Constitucional, con buen criterio (que es perfectamente aplicable a otras leyes autonómicas que se basan en el mismo criterio de imposición imperativa prescindiendo de la voluntad de los convivientes⁸⁴), afirma que “Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es [...] su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal [...] Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes

⁸⁰ Véase en este sentido STS 16 diciembre 1996 (RAJ 1996, 9020) y STS 10 marzo 1998 (RAJ 1998, 1272), favorables a aplicar la solución del art. 96.III CC a las uniones de hecho, no a través de una interpretación analógica del precepto, sino apoyándose en un pretendido principio general del Derecho, de protección del conviviente.

⁸¹ Véase ya STS 27 marzo 2008 (RAJ 2008, 4062) y, más claramente, STS 6 octubre 2011 (RAJ 2011, 6708), según la cual “Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicara la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluyente aplicar por analogía lo establecido en el art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa”.

⁸² Es emblemática la STS 1 abril 2011 (RAJ 2011, 3139), la cual se plantea la “pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del art. 96 CC, ya que ésta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/separación solo tiene lugar cuando se trata de matrimonios”; y concluye: “Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 CC), pero las reglas de los arts. 156.5 y 159 CC no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92 CC, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 CC”. Más adelante, precisa: “En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE”.

⁸³ Ha declarado, así, la inconstitucionalidad del art. 2, apartado 2, párrafo primero, inciso “hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que”, y párrafo segundo, y apartado 3; del art. 3, inciso “y el transcurso del año de convivencia”; del art. 4, apartado 4; del art. 5, apartado 1, inciso “respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles”, y apartados 2, 3, 4 y 5; del art. 6; del art. 7; del art. 9; del art. 11; y del art. 12.1.

⁸⁴ Esto es, el art. 234-1 del Código civil de Cataluña y los arts. 303 y 305 del Código de Familia de Aragón.

de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta [...]. Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones - antes, durante y al extinguirse esa unión- conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción”.

Prosigue: “La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites [...] el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja”.

8. Una de las cuestiones recurrentes en materia de vivienda familiar es la atinente a su destino, tras la crisis familiar, cuando su uso había sido gratuitamente atribuido a los cónyuges por los parientes de uno de ellos. No es, así, infrecuente que los padres de uno de los contrayentes cedan el uso gratuito de una casa de su propiedad, a fin de que el futuro matrimonio establezca en ella su domicilio conyugal.

El problema⁸⁵ surge, cuando en el juicio de separación o divorcio el uso de la vivienda se atribuye al cónyuge que no es hijo de los propietarios, momento en el que los suegros pretenden, obviamente, la restitución del inmueble⁸⁶.

Según la jurisprudencia española⁸⁷, hay que averiguar la razón por la que, en el caso concreto, los propietarios permitieron a los cónyuges usar la vivienda⁸⁸, distinguiéndose dos hipótesis: si lo fue por mera tolerancia, la situación jurídica de los beneficiarios es, desde su inicio, la de mero precaristas, por lo que los propietarios pueden reclamar su posesión en el

⁸⁵ Estudiado con detenimiento en la doctrina científica española por S. SALAZAR BORT, *La atribución*, cit. pp. 169-241.

⁸⁶ Según la redacción del art. 96.7 CC, que propone el Anteproyecto de Ley para el ejercicio de la corresponsabilidad parental, “Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley” (párrafo primero). “Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación”.

⁸⁷ Analizada, entre otros, por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Atribución de la vivienda*, cit., p. 585 y ss.; P. CREMADES GARCÍA, *Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Elche*, 2008, vol. I, núm. 3, p. 12 y ss.; y V. MORENO VELASCO, *La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito*, en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006.

⁸⁸ Es emblemática la STS 26 diciembre 2005 (RAJ 2006, 180).

momento en que lo estimen oportuno⁸⁹; por el contrario, si se cedió el uso con la finalidad específica de que el futuro matrimonio estableciera en ella su domicilio conyugal, existió un comodato o préstamo de uso, que, tras la crisis conyugal, queda transformado en un simple precario, al haberse concluido el uso para el que se prestó la vivienda, por lo que los propietarios pueden también pedir la restitución de su posesión (art. 1749 CC)⁹⁰.

Es, así, doctrina jurisprudencial consolidada que “la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”⁹¹. Por lo tanto, “la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio”⁹², “en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda”⁹³.

⁸⁹ Véanse así STS 26 diciembre 2005 (RAJ 2006, 180), STS 30 octubre 2008 (RAJ 2008, 6925), STS 22 octubre 2009 (RAJ 2009, 5704), STS 18 marzo 2011 (RAJ 2011, 935), STS 14 julio 2010 (RAJ 2010, 6041),

⁹⁰ Reconocen la existencia de un comodato, que, tras la crisis, se transforma en precario, entre otras, STS 2 octubre 2008 (RAJ 2008, 5587) y STS 14 octubre 2014 (RAJ 2014, 4729).

La STS 13 abril 2009 (RAJ 2009, 2895), resolvió un caso curioso. El propietario de la vivienda vendió a su madre el derecho de usufructo sobre la misma, permitiéndole ésta continuar viviendo en la casa con su familia. Posteriormente, los cónyuges se divorciaron, asignándose el uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos, ante lo cual la usufructuaria instó el desahucio por precario. El Tribunal Supremo entendió que no había precario, sino un contrato de comodato. Pero, a diferencia de lo que es habitual en dichos casos, denegó el lanzamiento, por entender que el contrato no tenía como finalidad ceder el uso de una vivienda para la iniciación de la vida familiar, sino permitir la continuación de la que ya estaba comenzada antes de la venta del usufructo, apoyándose, además, en la circunstancia de que el comodante no era pleno propietario de la vivienda, sino un mero usufructuario.

Esta solución no convence, ya que, en el problema que nos ocupa, no parece que deba valorarse de manera distinta el hecho de que el comodante sea un propietario o un usufructuario, ya que este último está plenamente facultado para ceder el uso de la vivienda, como también para reclamar su restitución, una vez que deja de tener sentido el fin para el que la prestó, sin que acierte a ver qué diferencia pueda haber entre que se trate de permitir iniciar en el inmueble la convivencia del hijo con su propia familia o la continuación de la misma después de la constitución del usufructo. Si la mujer del propietario no estaba de acuerdo con la venta del usufructo sobre la vivienda familiar debió haberse opuesto, ya que su consentimiento era también necesario para realizar dicho acto de disposición (art. 1320 CC) o haber anulado el contrato en su momento (art. 1322 CC), cosa que no hizo.

⁹¹ Véase en este sentido STS 22 octubre 2009 (RAJ 2009, 5704), STS 14 octubre 2014 (RAJ 2014, 4729).

⁹² STS 14 julio 2010 (RAJ 2010, 6041).

⁹³ STS 29 octubre 2008 (RAJ 2008, 6923), STS 30 octubre 2008 (RAJ 2008, 6925) y STS 13 febrero 2014 (RAJ 2014, 1341).