

CAPÍTULO III

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL

SUMARIO: I. LA REGLA GENERAL DE ATRIBUCIÓN.- II. LA TEMPORALIDAD DE LA ATRIBUCIÓN.-1. Régimen de convivencia en favor de uno de los progenitores.- 2. Régimen de convivencia compartida.- III. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VALENCIANA.- 1. La atribución en favor de los hijos mayores de edad en estado de necesidad.- 2. La atribución temporal al cónyuge más necesitado de protección, en ausencia de hijos menores o mayores de edad.- IV. LA POSIBILIDAD DE OCUPAR OTRA VIVIENDA COMO RESIDENCIA FAMILIAR.- V. LA COMPENSACIÓN POR LA PÉRDIDA USO DE LA VIVIENDA.- VI. EL DESTINO DEL AJUAR FAMILIAR.- VII. EL PAGO, POR PARTE DEL CÓNYUGE ADJUDICATARIO, DE LOS GASTOS ORDINARIO DE COMUNIDAD Y DE SUMINISTRO DE SERVICIOS DE LA VIVIENDA.- VIII. 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.- IX. LA POSIBILIDAD ATRIBUIR EN EL JUICIO MATRIMONIAL EL USO DE UNA VIVIENDA DISTINTA DE LA FAMILIAR.- X. CESACIÓN DEL DERECHO DE USO

I. LA REGLA GENERAL DE ATRIBUCIÓN.

El art. 6 de la Ley 5/2011 regula la atribución del uso de la vivienda familiar habitual, concurriendo hijos menores, de manera más detallada y ajustada a la realidad social actual que el art. 96 CC, prestando (como veremos a lo largo de esta exposición) mayor atención a todos los intereses en conflicto.

El art. 6.1 establece una regla general, que es subsidiaria respecto a los posibles acuerdos a que hubieren llegado los padres en esta materia⁷³.

Dice el precepto que “A falta de pacto entre los progenitores (...) 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”⁷⁴.

⁷³ V. como ejemplo, SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013).

⁷⁴ V. a este respecto SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 571/2012, de 5 de diciembre (núm. recurso 228/2012), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 678/2013, de 21 de octubre

Dicha regla se aplica, en el supuesto de convivencia compartida, pero también en el de convivencia atribuida en favor de uno solo de los progenitores⁷⁵, caso, éste último, en el que, precisamente, parece que lo más conveniente para los menores será permanecer en la vivienda familiar con el padre con el que convivan, a no ser que puedan usar otra vivienda apta para satisfacer sus necesidades.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 684/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 503/2013), desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la cual había acordado un régimen de convivencia compartida y había atribuido el uso de la vivienda familiar a la mujer. Dice, así, que “la absoluta desproporción de medios entre uno y otro cónyuge, que en el dilema de qué hacer con el uso de la vivienda, lleva, tanto al Juzgador de instancia como a esta Sala, a decantarse por atribuir su uso a la esposa, no sólo por la citada descompensación que existe entre los medios de uno y otro para poder acceder a una vivienda, sino, asimismo, porque en tanto la esposa carecería de otro lugar donde vivir tanto sola como cuando tenga a los hijos, el esposo sí tiene dicha necesidad cubierta, como lo demuestra el que está viviendo en una casa que sus padres tienen en la misma localidad”.

II. LA TEMPORALIDAD DE LA ATRIBUCIÓN.

Según el art. 6.3 de la Ley 5/2011 “la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”.

Esta norma debe aplicarse respetando el principio constitucional de protección integral de los menores de edad consagrado en el art. 39.1 CE, que exige que los mismos tengan garantizada su necesidad de habitación mientras persista su minoría de edad.

Es, así, doctrina jurisprudencial actual que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez”, 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

(núm. recurso 437/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 684/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 503/2013).

⁷⁵ Así se desprende del último inciso del art. 6.1 de la Ley 5/2011.

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 menor⁷⁶.

En consecuencia, nos parece pertinente distinguir dos supuestos:

1. Régimen de convivencia en favor de uno de los progenitores.

Si se establece un régimen de convivencia en favor de uno de los progenitores, el Juez deberá asignar al hijo y al progenitor custodio el uso de la vivienda familiar, sin límite temporal⁷⁷, sin perjuicio de que, si el progenitor con quien conviva llegase a disponer de otra vivienda, dicho uso pudiera ser revocado en un juicio de modificación de medidas⁷⁸.

⁷⁶ V., 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).

⁷⁷ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 162/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 839/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 118/2014, de 30 de septiembre (núm. recurso 133/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 130/2014, de 10 de octubre (núm. recurso 153/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 181/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 1049/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 189/2014, de 24 de marzo (núm. recurso 989/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 224/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 1053/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 206/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 842/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 229/2014, de 7 de abril (núm. recurso 914/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 245/2014, de 11 de abril (núm. recurso 1194/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 296/2014, de 7 de mayo (núm. recurso 1291/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 368/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 113/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 397/2014, de 4 de junio (núm. recurso 1171/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 455/2014, de 19 de junio (núm. recurso 457/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 510/2014, de 3 de julio (núm. recurso 999/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 529/2014, de 8 de julio (núm. recurso 82/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 544/2014, de 14 de julio (núm. recurso 356/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 547/2014, de 14 de julio (núm. recurso 252/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 555/2014, de 16 de julio (núm. recurso 390/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 558/2014, de 16 de julio (núm. recurso 545/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 278/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 209/2015), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 284/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 266/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 305/2015, de 22 de mayo (núm. recurso 903/2014).

⁷⁸ No obstante, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 200/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1260/2013) considera que la regla de atribución de la vivienda familiar al hijo y al progenitor custodio no es una regla automática en todos los casos. Explica la Audiencia que esta regla “no significa que siempre y en todo caso, deba así acordarse cuando las circunstancias aconsejen otra determinación, cual acontece en el caso de autos, dado que la vivienda familiar fue alquilada, como recoge la sentencia de

No obstante, la jurisprudencia suele establecer un límite temporal del derecho de uso de la vivienda familiar, que, sin embargo, abarca toda la minoría de edad de los hijos: respeta, así, el tenor de la Ley, sin incurrir en vicio de inconstitucionalidad⁷⁹.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014), confirmó la sentencia apelada, que había atribuido a la madre custodia de los hijos menores el uso de la vivienda familiar, propiedad del padre, hasta que aquéllos alcanzaran la mayoría de edad. El padre había recurrido esta decisión, argumentando que el plazo de asignación del derecho de uso era demasiado amplio, pidiendo que se fijara uno menor de dos o 5 años. Frente a ello, la Audiencia afirma que el recurrente, “tiene cubiertas las necesidades de vivienda a través de la vivienda que posee su nueva compañera sentimental, sin que la progenitora de los menores tenga disponibilidad para acceder a otra vivienda ni posibilidades de hacerlo dada su situación de desempleo con percepción de subsidio por desempleo que finalizaba en abril de 2014”; y, más adelante, confirma que la resolución de la cuestión es “esencial la situación de desempleo y estrechez de ingresos económicos para la subsistencia, tanto de la propia progenitora, como muy especialmente de los menores debiendo garantizarse la de estos últimos por

instancia, antes de volver la actora a España, lo que unido a que la misma vive en Tortosa, hace a todas luces imposible su adjudicación a la misma como solicita”. También la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 141/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1048/2013) confirma la sentencia de instancia que había atribuido el uso de la vivienda familiar a la madre custodia y al menor de 5 años de edad, por un periodo de tan solo 6 años. La sentencia argumenta que “el periodo de tiempo durante el que la actora y el hijo tienen derecho a ocupar la vivienda es adecuado a las circunstancias del caso, es lo suficientemente amplio para que pueden prever la pérdida de ese derecho de uso y procurarse otra habitación que responda a sus necesidades y capacidad económica, y además se prevé un aumento de la pensión de alimentos cuando deban abandonar la vivienda. Por ello, prolongar el uso hasta la mayoría de edad del hijo se reputa excesivo”.

⁷⁹ V. en este sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 678/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 437/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 138/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 916/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 219/2014, de 2 de abril (núm. recurso 1051/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 375/2014, de 2 de junio (núm. recurso 128/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 383/2014, de 2 de junio (núm. recurso 24/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 478/2014, de 27 de junio (núm. recurso 1323/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 498/2014, de 30 de junio (núm. recurso 151/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 520/2014, de 7 de julio (núm. recurso 1289/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 542/2014, de 10 de julio (núm. recurso 136/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 675/2014, de 23 de septiembre (núm. recurso 499/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015).

encima de cualquier otro interés, así mediante la atribución del uso de la vivienda en los términos efectuados por el juzgador a quo, se garantiza la cobertura de las necesidades de los menores cuando residan en compañía de su progenitora”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 375/2014, de 2 de junio (núm. recurso 128/2014) revocó la sentencia apelada, que había atribuido el uso de la vivienda familiar, propiedad de los abuelos paternos, al menor y a la madre “hasta alcanzar el menor los siete años”. Señala la Audiencia “que, en principio y dado que mediante la atribución del uso de la vivienda al hijo menor de edad se da cobertura a la necesidad de habitación del menor, dicha atribución ha de ser hasta la mayoría de edad del niño, mientras las circunstancias permanezcan y, sin perjuicio de que, caso de pérdida del uso del domicilio pueda generar un incremento en el quantum de la pensión por alimentos”.

En el mismo sentido, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 484/2014, de 30 de junio (núm. recurso 479/2014) revocó la sentencia apelada, que sólo había asignado el uso de la vivienda familiar a la madre y a las hijas menores por un periodo de 5 años. Explica la sentencia que “el pronunciamiento que limita por cinco años la atribución del uso de la vivienda ha de ser revocado, la guarda y custodia de las menores ha recaído en exclusiva sobre la madre, hoy recurrente, y siendo el interés de los menores el más digno de protección y constituir obligación de los padres el procurar que los menores dispongan de un domicilio adecuado en el que desarrollar su existencia, es procedente la atribución del uso de la vivienda a la madre y los menores hasta la mayoría de edad de estos, por corresponderse con lo establecido en el art. 96.1 del CC y 6 de la Ley 5/11 de 1 de abril así como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que emana, entre otras, de las sentencias de fecha 29 de marzo, 1 y 14 de abril, 21 de junio, 30 de septiembre y 10 de octubre todas ellas de 2011 que establecen que la norma contenida en el art. 96.1 no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, dado que el interés que se protege en dicho precepto no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja a la vivienda”.

Hay incluso sentencias que van más allá, pues atribuyen el uso de la vivienda temporal, no sólo hasta que los menores alcancen la mayoría de edad, sino hasta que los mismos lleguen a una situación de independencia económica⁸⁰ o alcancen una edad superior a los 18 años⁸¹.

⁸⁰ V. en este sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 412/2014, de 10 de junio (núm. recurso 25/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 476/2014, de 27 de junio (núm.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 482/2014, de 30 de junio (núm. recurso 472/2014) analiza un caso en el que se establece que el uso de la vivienda familiar “se extinguirá cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias: 1) Que (el menor) alcance independencia económica; 2) Que (el menor) deje de vivir de modo prolongado con su madre, o; 3) Cuando (el menor) cumpla los 26 años”.

Nos parece excesiva la solución que propugnan algunas sentencias al prolongar la atribución del uso de la vivienda más allá de la mayoría de edad de los menores, hasta que estos lleguen a una situación de independencia económica, porque en definitiva no puede saberse a priori cuando tendrá lugar. Creemos que es más adecuado, a la par que más respetuoso con los derechos dominicales sobre la vivienda, atribuir su uso exclusivamente hasta la moría de edad, sin perjuicio de que si al llegar esta, el hijo prueba encontrarse en una situación de necesidad, pueda prorrogarse con arreglo a las normas reguladoras de la obligación de alimentos entre parientes.

2. Régimen de convivencia compartida.

Por el contrario, cuando hay un régimen de convivencia conjunta, cabría pensar en la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a los menores y al progenitor, cuyo interés sea más digno de protección (o, en palabras empleadas por el art. 6.1 de la Ley 5/2011, al que “tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra”) durante un periodo de tiempo inferior al que reste para el que aquéllos alcancen la mayoría de edad.

Esta interpretación puede apoyarse en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretativa del art. 96.I CC en los casos en que se establece un sistema de custodia compartida.

Recientemente, el Tribunal Supremo 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,

recurso 594/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 527/2014, de 8 de julio (núm. recurso 174/2013). No obstante la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 196/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1208/2013) revoca la sentencia de instancia en el sentido de atribuir el uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad de la menor en lugar de hasta su independencia económica. La Audiencia señala que la mayoría de edad “es un día cierto frente a la mayor indeterminación que conlleva asignar la vivienda “hasta la independencia económica de la hija”; además, la fijación de un plazo determinado es la línea seguida mayoritariamente por la jurisprudencia última de este Tribunal”.

⁸¹ La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 319/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 1233/2013) atribuyó la vivienda familiar hasta que las hijas menores alcanzaran la edad de 23 años.

dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de 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”⁸².

Pero la jurisprudencia ha ido más lejos, excepcionado la consolidada regla, 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

⁸² STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023).

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 al acceso a un trabajo, que incremente 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 de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”⁸³.

En el sentido apuntado se orienta en la jurisprudencia valenciana, por ejemplo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 577/2014, de 21 de julio (núm. recurso 324/2014), que asignó el uso de la vivienda familiar a la madre, pero sólo por un año, porque aunque no tenía trabajo, disponía de una formación que permitía prever que “prontamente” podrá independizarse y ser “ese tiempo razonable para proveerse de otro alojamiento”; o la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014) que atribuyó el uso de la vivienda conyugal a la madre por un periodo de cuatro años “suficiente para permitirle adoptar las medidas necesarias para reorganizar su vida y la de su hijo también en el particular del domicilio adecuado para ambos”⁸⁴. La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013) atribuye el uso de la vivienda familiar al padre y las hijas únicamente hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Por su parte, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014) confirma la sentencia de instancia que, en el marco de un régimen de convivencia compartida, había atribuido la vivienda a la madre sin límite temporal de tiempo, “con la única

⁸³ STS 24 octubre 2014 (RAJ 2014, 5180).

⁸⁴ También la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014) que atribuyó el uso a la progenitora por un periodo de 2 años o la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014), que atribuyó al padre el uso de la vivienda conyugal durante tres años.

puntualización de que el uso de la vivienda se atribuye a la esposa hasta la mayoría de edad de la menor”⁸⁵.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 494/2014, de 1 de julio (núm. recurso 178/2014) realiza una atribución del uso temporal en favor de la madre de solo seis meses, considerando “que para mantener la estabilidad adquirida por la menor procede mantenerla en el uso de la vivienda con su progenitora, pero atendido también, que las partes han iniciado un pleito de división de la cosa común y, al parecer, otro para liquidar previo inventario la sociedad de gananciales que regía su matrimonio, atendido también que la progenitora tiene una vivienda arrendada cuyo uso podría revertir, se está en caso de limitar a seis meses a partir de la fecha de la presente resolución la atribución a madre e hija de la vivienda familiar, transcurrido el cual no procede atribución especial a ninguno de los progenitores, debiendo éstos llegar a un acuerdo en cuanto al destino final de la vivienda, bien en el marco negocial de la autonomía de la voluntad o en el marco judicial de los pleitos iniciados”.

Por su parte, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 286/2014) acuerda una solución transitoria consistente en atribuir el uso de la vivienda familiar (privativa del padre) a la madre, por un periodo de un año, finalizado el cual deberá abandonar la vivienda. Posteriormente el padre le deberá satisfacer un alquiler mensual por un importe no mayor a 500 euros durante un plazo adicional de 3 años.

No obstante lo anterior, si vencido el plazo inicialmente fijado, persiste la dificultad objetiva del progenitor para poder acceder a otra vivienda, el mismo podrá y deberá ser prorrogado, para garantizar la necesidad de habitación de los hijos menores de edad, los no pueden quedar privados del uso de una vivienda, durante el tiempo en que convivan con él (art. 39 CE).

Naturalmente, si ningún progenitor presenta un interés digno de protección, se atribuirá el uso del inmueble o a su titular, o a nadie (en caso de que la vivienda sea propiedad de la sociedad de gananciales o se halle en régimen de copropiedad⁸⁶).

Un caso particular es el acaecido en la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014), que prescinde del criterio

⁸⁵ En el mismo sentido SAP Castellón (sección 2ª) núm. 119/2014, de 3 de octubre (núm. recurso 97/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014).

⁸⁶ V. SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013).

de atribuir la vivienda al progenitor con más dificultades de acceso a otra vivienda, pues ningún progenitor parece alegar dichas dificultades, y atribuye la vivienda al progenitor con mayor cuota en el condominio de la vivienda.

III. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VALENCIANA.

1. La atribución en favor de los hijos mayores de edad en estado de necesidad.

Téngase en cuenta que, cuando no haya hijos o éstos sean mayores de edad, no se aplicará la legislación valenciana, sino el CC. En este caso, la atribución del uso de la vivienda a los hijos mayores de edad (y, en su caso, del progenitor con quien conviva) no será automática, sino que requerirá la prueba de un estado de necesidad, que deberá ponderarse con todos los intereses en juego⁸⁷.

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.

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

⁸⁷ V. a este respecto SAP Valencia (sección 10ª) núm. 400/2014, de 4 de junio (núm. recurso 773/2013).

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”⁸⁸.

En tercer lugar, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores será temporal, mientras persista su situación de necesidad.

La SAP Valencia (Sección 10^a), núm. 675/2014, de 23 de septiembre (núm. recurso 499/2014) observa que “la protección y asistencia a los menores en materia de vivienda debe ser incondicional y no limitada temporalmente en virtud del principio de protección del menor”, pero, “en caso de no existir menores - como en el presente- la decisión de la hija sobre con qué progenitor desea convivir, en este caso con la madre, es un factor más a tener en cuenta al adoptar la decisión, pero no será determinante de la atribución automática del uso de la vivienda”. Afirma como doctrina consolidada la que considera que “el límite temporal de uso, como norma será la mayoría de edad de los hijos, y a partir de ese momento la atribución del uso de la vivienda será a favor del que represente el interés más necesitado de protección. Y en ese supuesto, no se aprecia, más allá de las circunstancias que se han tenido en consideración para fijar una pensión compensatoria, un superior derecho de la recurrente a usar la vivienda familiar una vez esté liquidado el patrimonio ganancial, que finalizará con la adjudicación a cada uno de los bienes que les han de permitir subvenir por sus propios medios a la necesidad de habitación”.

Por dicho, cuando los hijos mayores de edad, inicialmente adjudicatarios del derecho de uso de la vivienda familiar cumplan 18 años no cabe prórroga automático del mismo, sino que habrá que examinar si el mismo se halla en situación de necesidad y ponderar los recursos económicos de ambos progenitores para decidir la cuestión.

⁸⁸ STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677), cuya doctrina reitera el reciente ATS 15 abril 2015 (recurso núm. 656/2014).

Así lo hace la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 296/2014, de 22 de julio (núm. recurso 296/2014), que observa que “Si bien la protección y asistencia a los menores en materia de vivienda debe ser incondicional y no limitada temporalmente en virtud del principio de protección del menor (...), en caso de no existir menores- como en el presente- la decisión del hijo sobre con qué progenitor desea convivir, en este caso con la madre, es un factor más a tener en cuenta al adoptar la decisión, pero no será determinante de la atribución automática del uso de la vivienda”; más adelante, añade que la Sala “considera que el límite temporal de uso, como norma será la mayoría de edad de los hijos, y a partir de ese momento la atribución del uso de la vivienda será a favor del que represente el interés más necesitado de protección, que en este supuesto, teniendo en cuenta la situación económica de las partes”, lo ostenta el padre, que ha visto reducida la cuantía de su subsidio de desempleo (próximo a extinguirse), de 765,15 a 426 euros mensuales, encontrándose acogido en casa de sus propios progenitores; por el contrario, la madre dispone de un empleo fijo y, además, su pareja, con quien convive, “también trabaja en la misma empresa, por lo que disponen de capacidad económica para procurarse una vivienda”. No obstante, concede a la madre y a la hija un plazo de tres meses para desocupar el inmueble.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 322/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 32/2014) confirmó la sentencia de instancia que estimó la demanda de modificación de medidas en el sentido de limitar el uso de la vivienda familiar, privativa del padre, por el periodo de un año a la madre y al hijo que la ocupaban, ya que este último había alcanzado la edad de 19 años aunque no la independencia económica. Tras analizar la reciente jurisprudencia del TS, la Audiencia estimó que el padre representaba una necesidad de mayor protección “habida cuenta de que además de ser el titular de la vivienda tampoco es propietario de otra y está habitando una de su esposa, sita en Marines Viejo, población en la que no existe centro en el que escolarizar a la hija del demandante habida de su actual matrimonio. Por lo tanto la Sala estima que la resolución recurrida fue atinada al así entenderlo, y conceder además a la apelante un plazo razonable de un año para abandonar la vivienda.”

Es también ilustrativo el ejemplo de la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 427/2014, de 12 de junio (núm. recurso 109/2014) que estimó la pretensión del padre de recuperar el uso de la vivienda familiar común, que por mutuo acuerdo se había atribuido a la madre y a la hija cuando ésta tenía 13 años, como consecuencia de haber fallecido la primera de ellas. Desde el momento del fallecimiento de la madre, la hija común, de 21 años, seguía ocupando la vivienda, habiendo impedido al padre la entrada a la misma, incluso mediante intervención de la policía. La hija alega el derecho de los hijos al uso de la

vivienda familiar, sin embargo la SAP recuerda que no “se puede pasar por alto la doctrina jurisprudencial sentada con posterioridad, que limita el derecho de uso de la vivienda a los hijos hasta la mayoría de edad de los mismos”.

2. La atribución temporal al cónyuge más necesitado de protección, en ausencia de hijos menores o mayores de edad.

En defecto de hijos menores o mayores de edad en estado de necesidad (supuesto este, para el que tampoco rige la legislación valenciana), por aplicación del art. 96.III CC, podrá asignarse el uso de la vivienda familiar, “por el tiempo que prudencialmente se fije” “al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”⁸⁹.

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 matrimonial⁹⁰ o con el de la venta del inmueble, si ésta tiene lugar antes⁹¹.

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”. 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”⁹².

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

⁸⁹ V. a este respecto SAP Valencia (sección 10ª) núm. 305/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 1298/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 320/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 17/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 362/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 374/2014) y SAP Valencia (sección 10ª) núm. 289/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 105/2015).

⁹⁰ V. en este sentido STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677).

⁹¹ V. en este sentido STS 11 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7262).

⁹² STS 25 marzo 2015 (JUR 2015, 98077).

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 afrontar⁹³; 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”⁹⁴.

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.III CC)⁹⁵.

Así, la SAP Valencia (Sección 10ª) 438/2014, de 16 de junio (núm. recurso 52/2014) explica que “En efecto, el párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil señala que cuando no haya hijos ‘podrá’ acordarse que “el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Comparando la dicción literal del precepto con lo dispuesto en el párrafo primero de ese mismo artículo, se observa, en primer lugar y por la utilización del vocablo ‘podrá’ el que ya no es automática la asignación de la vivienda a uno de los progenitores, el que ostente la guarda, como parece desprenderse del primer párrafo, y en segundo lugar que ese carácter discrecional obliga al Juez a ponderar cuales sean las ‘circunstancias’ y cual sea el ‘interés más necesitado

⁹³ STS 14 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10432).

⁹⁴ STS 25 marzo 2015 (JUR 2015, 98077).

⁹⁵ 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”.

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”.

de protección?. Teniéndose en todo caso presente que esa atribución tienen carácter provisional, esto es en tanto en cuanto no se proceda a instancia de cualquiera de los cónyuges a instar la liquidación de la sociedad de gananciales, y sin que ese uso condicione o predetermine el resultado de las operaciones particionales inherentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, pues aun cuando se confiere el derecho a seguir disfrutándola., tal otorgamiento no prejuzga la propiedad definitiva de la vivienda, que formará parte de la masa liquidable y podrá adjudicarse en la partición del patrimonio conyugal a cualquiera de los cónyuges”.

En el mismo sentido se expresa la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 291/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 256/2015), que atribuye el uso de la vivienda conyugal a la esposa por un periodo de dos años, habida cuenta que no hay hijos menores de edad y su interés es el más necesitado de protección. Explica la Audiencia que “sentadas esas premisas es necesario ponderar las circunstancias especiales concurrentes en el caso de autos cuales son: en primer lugar el que el matrimonio no ostenta ninguna otra vivienda que la que fuera conyugal; en segundo lugar, el que el domicilio que fuera conyugal no es propiedad de la sociedad de gananciales sino al parecer ostenta sobre el mismo un usufructo la madre del esposo; en tercer lugar, que en ese domicilio actualmente conviven con la esposa los dos hijos del matrimonio, ya mayores de edad, a los que no se ha otorgado pensión alimenticia en la sentencia de instancia; en cuarto lugar, que el esposo marchó a vivir a casa de sus padres, y la esposa no tiene otra vivienda; y en quinto y último lugar, que los ingresos acreditados del esposo lo son procedentes de una pensión por incapacidad y alcanzan la suma de 540 euros, mientras que ella apenas llega a los 430 euros. Con esos datos que acaban de exponerse se comprende que el ‘interés más necesitado de protección’ es la esposa, considerando razonable el que el Juzgador de instancia, no obstante ello, haya fijado un plazo relativamente corto de ocupación del mismo, razón por la cual debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia de instancia lo que supone la desestimación del recurso”.

Por su parte, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 379/2014, de 2 de junio (núm. recurso 428/2014) examina en apelación un caso en el que la sentencia de instancia atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa por un periodo de 3 años, ya que considera que, conviviendo con un hijo mayor en el que no concurre un estado de necesidad, su interés es el más digno de protección: “En el presente caso, y siendo mayor de edad el hijo que convive en el domicilio familiar, conforme a la jurisprudencia expuesta, ha de señalarse que ambos cónyuges estarían inicialmente en plano de igualdad, al no ser de aplicación el art. 96 párrafo primero C.C., hay que acudir al párrafo tercero de la misma norma y resolver la atribución del uso de la vivienda en función de, entre los cónyuges, cual sea el interés más necesitado, que no es sino lo

efectuado por el juzgador a quo, el cual ponderando las circunstancias concurrentes, ha concluido acertadamente que el interés más necesitado es el de la actora, siendo determinante para la atribución del uso la situación económica de la misma, y no siendo el interés del hijo prioritario para la resolución del conflicto, ha de confirmarse tanto el pronunciamiento relativo a la atribución del uso como el tiempo del mismo”.

Asimismo, la SAP Valencia (Sección 10ª) 653/2014, de 18 de septiembre (núm. recurso 526/2014) observa que la norma es “aplicable igualmente al caso de que ambos cónyuges sean cotitulares, es decir, que ambos ostenten la titularidad de la vivienda por ser esta un bien ganancial sin perjuicio de a quién se atribuya definitivamente en la liquidación de gananciales. Para realizar esta designación habrá de valorarse las circunstancias concurrentes en cada cónyuge y ver cuál es el interés más necesitado de protección”. En el caso concreto, confirmó la sentencia recurrida, que había atribuido a la madre el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales con el tope temporal máximo de un año, a contar desde la fecha en que se hubiera dictado la resolución judicial.

Es importante señalar que la jurisprudencia ha fijado la regla según la cual el órgano jurisdiccional, a la hora de fijar “prudencialmente” el tiempo por el cual se atribuye la vivienda al cónyuge no titular, en su caso, no podrá atribuirle por un periodo de tiempo mayor que el solicitado en la demanda. Así lo establece la SAP Valencia (Sección 10ª) 362/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 374/2014), que revoca la sentencia de instancia por cometer incongruencia *extra petita*, ya que había atribuido la vivienda familiar al cónyuge no titular por un periodo de cuatro años, cuando éste sólo la había solicitado por dos años.

IV. LA POSIBILIDAD DE OCUPAR OTRA VIVIENDA COMO RESIDENCIA FAMILIAR.

El art. 6.2 de la Ley 5/2011 dispone que, “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”.

Esta norma, que se ajusta a la actual tendencia interpretativa del art. 96 CC, es completamente razonable: incluso, aun en el caso de que se haya establecido un régimen de convivencia en favor de uno solo de los progenitores, éste no puede pretender continuar en el uso de la vivienda

familiar que sea común o privativa del otro, si dispone de otra vivienda que pueda ocupar y que satisface adecuadamente la necesidad de habitación de los menores.

Así, la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 351/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 140/2014), que estima la demanda de modificación de medidas y establece la custodia compartida, determina que la esposa, que hasta el momento ostentaba la custodia individual y el uso de la vivienda familiar, deberá abandonar dicha vivienda “tanto por el dato de ser la citada vivienda privativa del esposo, como por el hecho de poseer la esposa una vivienda en Valencia”.

Es también lógica la previsión que el mismo precepto realiza en su último inciso, según el cual, “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 (los de ocupación de otra casa, que, p. ej., compra o hereda), 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”.

Como decíamos, la jurisprudencia ha abierto, en efecto, en el derecho común una vía de interpretación en la que, a nuestro 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 progenitores.

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 favorable. 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 abusiva. Por otro lado, la normalización 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”⁹⁶.

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

⁹⁶ 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.

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”⁹⁷; 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 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”⁹⁸, 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”⁹⁹.

V. LA COMPENSACIÓN POR LA PÉRDIDA USO DE LA VIVIENDA.

Además, según el art. 6.1 de la Ley 5/2011, “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”¹⁰⁰.

⁹⁷ STS 3 diciembre 2013 (RAJ 2013, 7834).

⁹⁸ STS 5 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10135).

⁹⁹ 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”.

¹⁰⁰ “Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial”.

Entre esas “circunstancias concurrentes” habrá que tener en cuenta, por ejemplo, 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 usarla¹⁰¹.

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 10ª) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014), estableció un 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”. Por su parte, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014) no concedió la compensación por privación del uso de la vivienda familiar solicitada por el marido. Observa que “la expresión de la Ley 5/2011 "demás circunstancias concurrentes en el caso", de la norma, permite valorar la peor situación económica de la Sra. Ariadna , desempleada, la consecuente inferioridad de sus ingresos económicos y la inexistencia de otra vivienda titularidad de la misma donde poder desarrollar adecuadamente sus deberes parentales”.

La jurisprudencia ha establecido una serie de reglas en torno al precepto:

a) El juez no puede conceder de oficio la compensación, sino que ha de ser pedida, bien por vía de acción, bien por vía de excepción¹⁰². La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013) permitió que dicha pretensión se introdujera en la contestación a la demanda y no mediante reconvencción, “porque la cuestión fue suficientemente tratada en el juicio, de modo que la actora pudo defenderse de esta pretensión”.

b) La petición no puede introducirse, como una nueva cuestión, en el recurso de apelación¹⁰³.

¹⁰¹ V. así SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 555/2014, de 16 de julio (núm. recurso 390/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 558/2014, de 16 de julio (núm. recurso 545/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 583/2014, de 21 de julio (núm. recurso 500/2014).

¹⁰² V. en este sentido SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 774/2012, de 22 de noviembre (núm. recurso 941/2012).

¹⁰³ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 99/2013, de 21 febrero (núm. recurso 954/2012), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm.

c) La petición debe ir acompañada de la prueba del precio de los alquileres de zona.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012), precisa, así, que la compensación por privación del uso de la vivienda familiar no puede ser aplicada de oficio, sino sólo a instancia de parte, debiendo probar quien la solicite cuál es “el precio de los alquileres de una vivienda de similares características”¹⁰⁴.

Y según la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014) no basta la prueba de “la media abstracta de los alquileres de la zona sino que ha de hacerse una aproximación más específica a las concretas condiciones de la vivienda familiar”.

En el mismo sentido, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013), observa que “El demandado presenta como base probatoria de su pretensión de compensación una certificación del responsable de una inmobiliaria en la que dice que los precios de los alquileres en la ciudad de Sueca de pisos de 4 habitaciones oscilan entre los 300 y 400 euros mensuales dependiendo de su ubicación y del estado en que se encuentren (folio 306, tomo II). Con este documento no es posible fijar una compensación superior a los 150 euros al mes, porque no existen elementos de prueba que acrediten que la vivienda familiar, por sus características, esté por encima del límite mínimo de referencia al que alude el documento citado, y además, esa cantidad está más en consonancia con la capacidad económica de la actora”.

d) El perjuicio, cuyo resarcimiento se pide, ha de ser real y significativo.

La SAP Alicante (Sección 4ª) núm. 499/2012, de 18 de diciembre (núm. recurso 454/2012) denegó la pretensión del marido, porque la privación del uso de la vivienda familiar no le suponía una gran perjuicio económico, dado que contaba con ayuda de la entidad financiera en la que trabajaba para el alquiler de una casa, habiendo, adquirido ya la propiedad de otra.

recurso 72/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 416/2012, de 11 de junio (núm. recurso 446/2012), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 870/2012, de 22 de noviembre (núm. recurso 553/2012) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 219/2014, de 2 de abril (núm. recurso 1051/2013).

¹⁰⁴ V. a este respecto SAP Castellón (sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 124/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015).

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013), no consideró procedente la compensación solicitada por el padre, porque el uso de la vivienda familiar había sido asignado a la hija (a la que le faltaban tres meses para alcanzar la mayoría de edad) y a la madre, por un período de seis meses, a contar desde que aquélla cumpliera los dieciocho años. Afirma, así, que “dicho uso se ha limitado por escasos meses lo que aconseja no estimar la demanda en este punto, revocando la de instancia, sin señalar suma alguna”.

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014), confirmó la sentencia que había supeditado el pago a la mujer de una compensación de 150 euros mensuales por haber sido privada del uso de la vivienda familiar (asignado al padre y a los dos hijos menores) a la circunstancia de que ésta comenzara a pagar un alquiler. Afirma que “la decisión del Juzgado es justa, pues no puede pretender la compensación quien por el momento dispone de una vivienda, aunque sea a título de precario, para alojarse, de modo que no debe realizar ningún desembolso, sin perjuicio de que, como dice la sentencia, tan pronto comience a afrontar gastos por este concepto el demandado deba pagarle 150 euros mensuales”; y añade: “Esta cuantía se considera adecuada, aun a falta de más prueba, teniendo en cuenta la condición común de la misma, así como su ubicación en una población pequeña, de modo que no procede fijarla más elevada”.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014) rechazó la pretensión de la recurrente de no pagar compensación alguna por el uso de la vivienda familiar, ya que “aun cuando razona la recurrente que el Sr. Javier podría usar la vivienda que ambos litigantes poseen en Moncofar, debe significarse que, de un lado un cónyuge no puede imponer al otro su lugar de residencia, y de otro lado, la distancia existente entre dicha localidad y Albalat dels Sorells, dificultaría notablemente el correcto desarrollo de las obligaciones parentales, al tiempo que presenta una notable distancia de su lugar de trabajo en Valencia”.

No obstante, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013) rechazó la pretensión de la recurrente de no pagar compensación alguna por el uso de la vivienda familiar (privativa del otro progenitor) “so pretexto del número de viviendas de la que es titular el otro progenitor”, siete en este caso, “pues en ningún momento se regular por ley una atribución de uso de vivienda que resulte gratuita para el beneficiario de la medida”.

e) El Tribunal no pueden decidir sobre la pretensión de manera aislada, sino que debe valorarla en el contexto de todas las medidas económicas ya vigentes o que vayan a acordarse en la resolución que se dicte, pues, de lo

contrario, so pretexto de corregir un desequilibrio económico, se estaría creando uno nuevo¹⁰⁵ (p. ej., si, a cambio de la asignación del uso de la vivienda familiar, uno de los progenitores ha renunciado a solicitar una pensión compensatoria por divorcio).

La SAP Alicante (Sección 9º) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013) denegó, así, la pretensión, por parte del marido, de cobrar la compensación, porque en el convenio regulador, que, en su día fue aprobado por la sentencia de divorcio, la mujer, asignataria del uso de la vivienda familiar común, se había obligado a pagar la totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario y los gastos ordinarios mientras permaneciera en ella. La Audiencia afirma que dicho pacto suponía ya una compensación, en forma de retribución indirecta del marido, por la pérdida del uso de la vivienda.

También la SAP Alicante (Sección 9º) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014) denegó al marido la compensación por el uso de la vivienda, que había sido atribuido a la esposa –ama de casa– por un periodo de cuatro años. Considera la Audiencia que “cuando el progenitor que permanece en la vivienda no dispone de medios holgados suficientes para abonar dicha contraprestación, no debe concederse la misma, porque ello en definitiva reduciría los medios de que dispone dicho progenitor para la adecuada atención del menor”.

f) Los Tribunales suelen rechazar las pretensiones, encauzadas a través de procesos de modificación de medidas, de obtener una compensación por la pérdida del uso de una vivienda asignado antes de la entrada en vigor de la Ley, en particular, si la asignación fue pactada por los cónyuges en convenio regulador, con el argumento de que esta aplicación sobrevenida de la Ley puede romper el equilibrio del conjunto de las medidas adoptadas en su día, las cuales forman un todo, cuyas partes se interrelacionan y se justifican, las unas con las otras.

La SAP Valencia (Sección 10ª) 66/2013, de 4 de febrero (núm. recurso 57/2013), observa que “la compensación establecida por la Ley 5/2011 por el uso de la vivienda no plantea problema alguno cuando tal medida es examinada, por primera vez en un procedimiento matrimonial, o cuando se hace en un procedimiento de modificación en el que se examinan

¹⁰⁵ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 99/2013, de 21 febrero (núm. recurso 954/2012) y SAP Alicante (Sección 9º) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 87/2013, de 11 de febrero (núm. recurso 1290/2012), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 219/2014, de 2 de abril (núm. recurso 1051/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015).

conjuntamente el resto de las demás medidas, ya que, en uno u otro caso, se busca el equilibrio a que se ha aludido anteriormente; pero cuando, como en el caso de autos en esta alzada, solo se examina la citada compensación por el uso, sin entrar en el estudio de las demás medidas económicas al no haber sido recurridas, ello inexorablemente, va a dar lugar a que se rompa el conjunto de las demás medidas de carácter económico en su día adoptadas”¹⁰⁶.

La Audiencia revoca, así, la sentencia recurrida, que había condenado a la mujer a compensar al marido con el pago de 250 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar (asignada al marido en propiedad exclusiva en la liquidación de sociedad de gananciales), el cual había sido atribuido a aquélla hace 12 años.

“En efecto –dice la Audiencia–, en su día el Juzgador de instancia aprobó el convenio que las propias partes suscribieron, y sólo al albur de la Ley Valenciana, pretende el actor, se señale a su favor una compensación económica por el uso de la vivienda, olvidando que cuando ellos mismos -los cónyuges- suscribieron el convenio, ya tuvieron en cuenta no sólo las necesidades de los menores y las posibilidades económicas de los progenitores, sino, asimismo, que los menores tendrían cubierta su necesidad de vivienda al atribuirse su uso a los mismos, dando lugar al señalamiento de la citada pensión alimenticia, pues de no haber existido vivienda en propiedad o haberse atribuido la misma al esposo, la pensión alimenticia habría sido distinta; y eso mismo acontece cuando la pensión alimenticia es fijada por el Juez: aquilata la misma en función tanto de las necesidades de los hijos como de las posibilidades de los progenitores y, por supuesto, de la existencia o no de una vivienda, tanto en propiedad como en alquiler y de a quien se atribuya la misma, pues como parte integrante de los alimentos que es la vivienda, es elemento fundamental a tener en cuenta a la hora de señalar la suma de una pensión alimenticia”.

VI. EL DESTINO DEL AJUAR FAMILIAR.

Al destino del ajuar familiar se refiere el art. 6.5 de la Ley 5/2011, en los siguientes términos: “El ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial”.

¹⁰⁶ En el mismo sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013).

“Cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso” (art. 6.6).

VII. EL PAGO, POR PARTE DEL CÓNYUGE ADJUDICATARIO, DE LOS GASTOS ORDINARIO DE COMUNIDAD Y DE SUMINISTRO DE SERVICIOS DE LA VIVIENDA.

Parece justo que el usuario, salvo pacto en contrario, pague los gastos de suministro de la vivienda (p. ej., gastos de luz, agua, gas, teléfono) así como los ordinarios de comunidad¹⁰⁷; en cambio, el pago de los gastos extraordinarios de la comunidad, el seguro de hogar¹⁰⁸, así como el de los impuestos que graven la propiedad de la vivienda (por ejemplo, el IBI¹⁰⁹) deberá recaer sobre el titular o titulares de la misma, si ambos lo son, en la proporción en que lo sean¹¹⁰.

¹⁰⁷ No obstante en la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013) se establece que el progenitor al que se la ha atribuido el uso sufrague solo el 50% de los gastos de comunidad de propietarios.

¹⁰⁸ A este respecto, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014) consideró que “Los gastos de seguro de hogar (salvo los del seguro anejo al préstamo hipotecario) deberán ser sufragados por uno o ambos titulares de la vivienda en función de que la contratación (voluntaria) de dicho seguro sea querida por ambos o por uno solo (por ambos, si ambos quieren contratarlo; por uno solo, el que lo quiera contratar si sólo uno quiere contratarlo)”.

¹⁰⁹ La SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014) estableció que el usuario deberá soportar la tasa de basura.

¹¹⁰ V. a este respecto SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 181/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 1049/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 224/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 1053/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 286/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 397/2014, de 4 de junio (núm. recurso 1171/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 412/2014, de 10 de junio (núm. recurso 25/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 498/2014, de 30 de junio (núm. recurso 151/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 520/2014, de 7 de julio (núm. recurso 1289/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 526/2014, de 7 de

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 ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad”¹¹¹.

VIII. 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.

Además, la jurisprudencia actual, 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 mitad¹¹².

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

julio (núm. recurso 55/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 542/2014, de 10 de julio (núm. recurso 136/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 544/2014, de 14 de julio (núm. recurso 356/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 547/2014, de 14 de julio (núm. recurso 252/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio (núm. recurso 283/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015).

¹¹¹ STS 25 septiembre 2014 (RAJ 2014, 4963).

¹¹² 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”.

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 hijos¹¹³. 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 iguales¹¹⁴. En definitiva, el pago del préstamo hipotecario se hará conforme a lo que resulte del título de adquisición de la vivienda¹¹⁵ 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 fuera¹¹⁶.

¹¹³ 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”.

¹¹⁴ 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 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”.

¹¹⁵ V. en este sentido art. 233-23.1 CC de Cataluña.

¹¹⁶ 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 las 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

Por lo tanto, los gastos de adquisición de la vivienda (importe de las amortizaciones del préstamo hipotecario), salvo pacto en contrario, habrán de ser satisfechos conforme a su sistema de adquisición, esto es, por los dos progenitores por partes iguales, tanto, si se trata de un bien ganancial (en cuyo caso estaremos antes cargas de la sociedad de gananciales, y no antes cargas del matrimonio) o pertenece a ambos progenitores pro indiviso¹¹⁷.

No obstante la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), aun aceptando que los gastos del préstamo hipotecario son cargas de la sociedad de gananciales (como ha señalado la jurisprudencia del TS), considera que “teniendo en cuenta la situación económica de la esposa que, con los ingresos mas arriba referidos, difícilmente puede hacerse cargo de la mitad de la cuota y que la falta de pago de las cuotas hipotecarias podría llevar como efecto la privación de la vivienda, lo que perjudicaría la estabilidad del menor procede acordar que durante un periodo de dos años se abone por el esposo el 80% de la cuota hipotecaria y por la esposa el restante 20%, sin perjuicio del derecho del primero a resarcirse de las cantidades abonadas en exceso sobre el 50% que le correspondería abonar que se llevará a cabo cuando se realice la liquidación de la sociedad de gananciales”. Esta solución ya fue adoptada

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”.

¹¹⁷ V. a este respecto SAP Castellón (sección 2ª) núm. 119/2014, de 3 de octubre (núm. recurso 97/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 206/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 842/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 412/2014, de 10 de junio (núm. recurso 25/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 416/2014, de 11 de junio (núm. recurso 230/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 421/2014, de 11 de junio (núm. recurso 430/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 472/2014, de 25 de junio (núm. recurso 1324/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 476/2014, de 27 de junio (núm. recurso 594/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 542/2014, de 10 de julio (núm. recurso 136/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 544/2014, de 14 de julio (núm. recurso 356/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 547/2014, de 14 de julio (núm. recurso 252/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 305/2015, de 22 de mayo (núm. recurso 903/2014).

por la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 196/2013, de 20 de marzo (núm. recurso 1402/2012) ¹¹⁸, aunque dicha resolución aún no acoge la jurisprudencia del TS que considera los gastos de adquisición de la vivienda cargas de la sociedad de gananciales.

Conviene también apuntar que el pacto en virtud del cual los cónyuges pueden establecer, para el abono de las cuotas del préstamo hipotecario, una regla diferente de la prevista en su sistema de adquisición, puede celebrarse por cualquiera de las formas admitidas en derecho. Así, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 368/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 113/2014), revocó la sentencia de instancia que había establecido “Que el esposo deberá satisfacer la mitad de cuota mensual del préstamo hipotecario que grava la que fuera vivienda familiar”. La apelante alegó que existía un pacto no escrito entre los cónyuges en virtud del cual “el esposo abonaría el pago de las cuotas hipotecarias íntegramente”. La Audiencia considera que “Consta acreditado la obligación contraída por el esposo de abonar a la cuenta bancaria común la cuantía de 900 €/mes desde junio de 2010, cuantía que, afirma la recurrente tenía por objeto el pago de la pensión alimenticia para las tres hijas comunes del matrimonio y, la aplicación del resto al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar (...), es cierto que tal acuerdo no consta plasmado por escrito, sin embargo, nuestro derecho no exige dicha forma, siendo bastante el acuerdo de voluntades, aun verbal para la producción de efectos de los acordado (art. 1255, 1258 y concordantes C.C.)”; y añade: “Sentada la posibilidad de concierto de voluntades entre los cónyuges respecto de la asunción del pago del préstamo hipotecario, se constata que desde Junio de 2010 Guillermo ha efectuado ininterrumpidamente transferencias, por importe de 900€/mes, a la cuenta bancaria cotitulada por ambos cónyuges en la que se halla domiciliado el pago de la hipoteca de la vivienda familiar. Fijada la pensión por las tres hijas menores de edad en 150€/mes, es coherente con la prueba practicada, atribuir el pago de la hipoteca al demandado rebelde, pues así la ha venido asumiendo (no discriminando las pequeñas oscilaciones de la cuota hipotecaria) a lo largo del tiempo y se desprende que, efectivamente existió tal pacto, el cual debe ser aceptado, más aún, si tenemos en cuenta que el demandado, pese a ser correctamente emplazado, no compareció en

¹¹⁸ Acuerda la Audiencia que respecto del préstamo hipotecario, “debe tenerse en cuenta la diferente situación en que se encuentran los esposos en cuanto a ingresos económicos, que impiden que la esposa pueda hacer frente en la actualidad a la mitad de los pagos, por lo que procede que el esposo adelante las cantidades mediante el pago de los préstamos pendientes que sean a cargo de ambos, sin perjuicio de que, cuando se liquide la sociedad de gananciales, deba la demandada, con cargo a su parte en los gananciales, reintegrar al esposo las cantidades que él haya abonado y debiera haber pagado ella para la satisfacción de dichas obligaciones”.

el procedimiento pese a tener cumplido conocimiento de los términos de la demanda en la que se hacía constar la existencia del antedicho pacto.”

IX. LA POSIBILIDAD ATRIBUIR EN EL JUICIO MATRIMONIAL EL USO DE UNA VIVIENDA DISTINTA DE LA FAMILIAR.

Tanto el art. 6 de la Ley 5/2011, como el art. 96 CC, se refieren, exclusivamente, a la atribución del uso de la vivienda familiar, esto es, aquélla en la que la familia tiene su residencia habitual, y no a otras viviendas distintas (y tampoco, por supuesto, a otras edificaciones, como los locales de negocio).

No obstante, la jurisprudencia, con fundamento en la equidad, a pesar de la clara dicción de los preceptos, admite la posibilidad de asignar “en casos puntuales” el uso de una vivienda distinta a la familiar al progenitor no custodio en el juicio de separación o divorcio, para cubrir sus necesidades de alojamiento, porque, según explica la SAP Valencia (Sección 10ª) 653/2014, de 18 de septiembre (núm. recurso 526/2014), no pueden quedar “desamparados derechos tan fundamentales como lo es el de ocupar una vivienda digna como proclama el artículo 47 de la Constitución, lo que debe encontrar tutela judicial cuando existen otras viviendas”.

Justifica esta solución excepcional en los siguientes argumentos lógicos: “1º si los cónyuges así lo pactaran en un convenio regulador - y en cientos de ellos así se ha pactado indudablemente se aprobaría tal medida; resultando ilógico, pues, que dependa sólo de la exclusiva voluntad del custodio el que el otro cónyuge pueda vivir en otra vivienda propiedad de la sociedad, 2º -no la conyugal porque ahí sí se ha atribuido su uso por disposición legal a uno de ellos- con lo que la confrontación está servida, y la atribución de dicha vivienda no sólo evita tales desencuentros sino que además garantiza una vivienda al otro cónyuge, con el consiguiente ahorro que, además, puede tenerse en cuenta a la hora de señalar pensión alimenticia habida cuenta la mayor disponibilidad económica del no custodio que no precisará alquilar una vivienda, y 3º, porque, como se ha dicho antes, la pura lógica resalta lo absurdo que puede llegar a ser que existiendo otras viviendas vacías, tenga el no custodio que buscar y pagar un alquiler”.

X. CESACIÓN DEL DERECHO DE USO.

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 herencia¹¹⁹) en propiedad plena¹²⁰ o compartida (por ejemplo, con un nuevo cónyuge o conviviente¹²¹) una casa apta para satisfacer la necesidad de habitación que se trata de proteger (o, recupere el uso de la que estaba alquilada, por extinción del contrato de arrendamiento¹²²), pues podrá habitar en ella, o, si (como se

¹¹⁹ Así, la SAP Navarra (Sección 2ª), 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 apreciar en ella un interés más necesitado de protección que el del titular de la vivienda que ahora ocupa”.

¹²⁰ 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”.

¹²¹ Recuérdense 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”.

¹²² 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

prevé en el art. 337 *sexies*, párrafo primero, CCI) abandona la vivienda familiar de manera permanente para residir en otra, sea de su propiedad¹²³ o ajena: por ejemplo, retorna a casa de los propios padres¹²⁴) o reside en la vivienda de otra persona con la que se vuelve a casar o con la que mantiene una convivencia *more uxorio*).

El art. 6.2 de Ley 5/2011 sanciona expresamente esta solución, al establecer que “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 [esto es, “derechos sobre una vivienda que le facultan para ocuparla como tal residencia familiar”], 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”.

A diferencia de lo que acontece con la pensión compensatoria, lo que en el ordenamiento jurídico español, común o foral, 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 doctrina, no creemos 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 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

necesidades de habitación del hijo menor quedan satisfechas a través de la vivienda alternativa que ha señalado la sentencia recurrida”.

¹²³ 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.

¹²⁴ 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”.

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 menor¹²⁵. 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 alquilada, caso éste, en el que podría pensarse en una compensación a su cargo en favor del progenitor propietario privado del uso de su casa.

No obstante, la jurisprudencia valenciana se muestra proclive a ponderar la circunstancia del nuevo matrimonio o convivencia *more uxorio* del adjudicatario del derecho de uso al efectos de resolver una solicitud de modificación de medidas.

Muestra de ello es la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 319/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 1233/2013), que estima la pretensión de modificación de medidas consistentes en atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, titular privativo de la misma. Se trata de un caso en el que inicialmente “en atención a la custodia de una menor, el progenitor cede una vivienda privativa que posteriormente “acaba sirviendo de hogar a un núcleo familiar diferente del inicial”, formado por la nueva pareja de la madre y el hijo común de ambos. Dice la Audiencia, “No vamos a reiterar pues que puede llegar a desembocar en un verdadero abuso si se mantuviera de forma indefinida, o a largo plazo, dicha atribución al menor, y por ende al nuevo núcleo familiar de la madre. El hecho de que la actual pareja de la demandada, (...) no disponga de otros inmuebles ni pueda acceder a los mismos, ni es objeto de juicio, ni se prueba, ni cambia las cosas pues lo bien cierto es que la Sra. SAGRARIO y su nueva pareja deben proveer con sus propios medios a las necesidades del hijo que tienen en común, y no con los que el Sr. SEGISMUNDO puso a disposición de su hija, por lo que debe extinguirse la

¹²⁵ Nos 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 atribuirla a la esposa, sino para dejarla sin efecto, porque no se cumple la finalidad para la que está prevista”.

atribución del uso de la vivienda. Y a diferencia de lo que estimó el juez de instancia, consideramos que la menor no tiene porqué verse desprotegida en el caso de que se cese en el uso del inmueble siempre que en paralelo se proceda a aumentar la pensión de alimentos, que deberá cubrir la necesidad de habitación de Araceli, que hasta ahora se venía satisfaciendo ‘in natura’ mediante la renuncia del titular a utilizar su vivienda”.

Un caso parecido analiza la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 291/2014, de 6 de mayo (núm. recurso 1126/2013). La sentencia de divorcio (de 19 de enero de 2009), aprobó el convenio regulador, en el que se estableció la custodia de la progenitora respecto al hijo menor común, se fijó una pensión de alimentos mensual a cargo del progenitor de 350 euros, y se atribuyó el uso de la vivienda familiar (privativa del progenitor no custodio) a la progenitora custodia y al menor. Posteriormente, el 19 de abril de 2012 el progenitor no custodio solicitó “la modificación de las medidas, concretamente que se estableciera la custodia compartida sobre el hijo y se extinguiera la pensión de alimentos y el derecho de uso sobre la vivienda familiar”. La Audiencia mantiene la custodia individual a cargo de la progenitora, pero respecto del uso de la vivienda familiar establece: “alega el recurrente cuál es la situación de hecho actual, que no es otra que la de que él está haciéndose cargo del abono de la hipoteca y la demandada sigue viviendo en la misma con el hijo y en los últimos años con su actual pareja, y que este último está obteniendo un beneficio de tal situación, ya que ha alquilado su propia vivienda. Es claro pues que existe un hecho nuevo en este punto, la convivencia de la madre con su actual pareja”. La Audiencia, en fin, “acuerda el fin de la atribución del domicilio familiar a la demandada, que deberá abandonarla en el plazo de tres meses a contar de la presente resolución. En paralelo debe incrementarse la pensión de alimentos en 100 euros mensuales, toda vez que la prestación que hacía ‘in natura’ el recurrente respecto a la necesidad de habitación de su hijo, queda sin efecto.”