



Documento de trabajo

SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES

Definición y atribución del domicilio familiar

Pilar Domínguez Martínez

SPCS Documento de trabajo 2008/5

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autores:

Nombre y Apellidos

E-mail@uclm.es

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca
Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Avda. de los Alfares, 44

16.071-CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1887-3464

D.L.: CU-532-2005

DEFINICIÓN Y ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO FAMILIAR

Pilar Domínguez Martínez

Profesora Doctora Área de Derecho Civil
Universidad de Castilla-la Mancha
Facultad de Ciencias Sociales
Área de Derecho Civil e Internacional Privado
Avda. de los Alfares, 44
16.071-CUENCA
Teléfono 902 204 100 (Ext. 4267)
Fax 902 204 130
E-mail: Pilar.Dominguez@uclm.es

DEFINICIÓN Y ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO FAMILIAR

El objeto de estudio del presente trabajo se circunscribe a la determinación del concepto del domicilio familiar objeto de protección por el Ordenamiento jurídico civil, como domicilio conyugal. Se tratará de delimitar su localización como vivienda familiar como base del domicilio conyugal tiene una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico, lo que contrasta con la vivienda familiar base del domicilio familiar en las uniones de hecho. El análisis versará sobre esta protección desde un punto de vista patrimonial, tanto en situación de normal matrimonio, como en los casos de crisis matrimoniales. Entre las normas protectoras de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio merece mención especial el Código Civil, en el régimen especial en los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia y muebles de uso ordinario, así mismo, el criterio especial sobre el carácter de la vivienda familiar comprada a plazos en el régimen de sociedad de gananciales, el régimen legal de la vivienda en el caso de muerte de uno de los cónyuges y disolución de la sociedad de gananciales y la protección que la Ley de Arrendamientos Urbanos da al cónyuge y conviviente en los casos de desistimiento y abandono por el cónyuge titular del arrendamiento. Por último, se tratará la proyección patrimonial de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular en los casos de crisis matrimoniales. La aplicación del artículo 96 del Código Civil será objeto de un detallado análisis acorde con un dispar tratamiento por la multiplicidad del caso concreto y los criterios que vienen aplicando nuestros tribunales en la jurisprudencia más reciente.

Palabras clave

Domicilio, vivienda, familia, matrimonio, crisis, atribución.

INTRODUCCIÓN

El domicilio es un criterio de identificación de las personas, tomado por el derecho como mención de identidad¹. Conviene hacer una distinción del concepto de domicilio de otras figuras afines, como sucede con los términos vecindad civil y administrativa. La vecindad civil se utiliza para determinar las normas civiles comunes o forales aplicables a las personas (estado civil), mientras que la vecindad administrativa sirve para conocer quienes son los residentes de un término municipal de acuerdo con la legislación administrativa (status político). En cambio, el domicilio es el lugar donde la persona física tiene su residencia habitual, donde debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones civiles.

1. Domicilio. Generalidades.

De acuerdo a criterios generales y objetivos, el domicilio es la sede jurídica de la persona (necesario para determinar la competencia territorial del juez ante el que se pueda demandar y para otras actuaciones jurídicas). Las diferentes finalidades para las que el domicilio es relevante dan lugar a pluralidad de conceptos. Por un lado, la Constitución garantiza la facultad de la persona para poseer en exclusiva un ámbito inviolable de intimidad personal y familiar en el espacio. Se trata del concepto de domicilio desde el punto de vista jurídico-público a los efectos de protección del derecho a la intimidad². Se extiende a todo espacio físico donde la persona desarrolle su intimidad o privacidad sin requerirse la nota de la habitualidad³.

Sin embargo, desde la perspectiva jurídico-privada, el criterio general y objetivo que establece el artículo 40 CC para la determinación del domicilio de las personas físicas, es el de la residencia habitual. Así mismo y como efecto personal del matrimonio, el domicilio conyugal, como consecuencia de la obligación de vivir juntos de los esposos, será el lugar de la residencia habitual de los cónyuges⁴. El mismo CC en el artículo 69 establece la presunción salvo prueba en contrario de que los cónyuges viven juntos. Ciertamente, a los efectos de la protección jurídico-privada que se aborda el domicilio conyugal, concretamente la vivienda familiar, base de este domicilio seguirá teniendo esta consideración mientras no haya acuerdo o resolución judicial contraria, aún existiendo separación de hecho o abandono del domicilio por uno de los cónyuges. No obstante, y desde la protección del derecho a la intimidad, debe entenderse que el cónyuge que abandona voluntariamente la convivencia, no puede exigir que el otro cónyuge le permita el uso de la vivienda libremente⁵, incluso en situaciones de crisis y de anormalidad matrimonial puede declararse allanamiento de

¹ Art. 12 del RRe.

² Arts. 18 y 33 de la CE.

³ MARTÍN MELÉNDEZ: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, p. 45.

⁴ Art. 68 del CC.

⁵ SAP Las Palmas 25 julio 2005 (JUR 2005, 220583; FD 2º). En esta sentencia se declara no existencia de coacción o vejación injusta por parte del cónyuge que no abandona el domicilio conyugal respecto del otro cónyuge, pues no existe "la intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos "impedir" o "compeler", sobre quien ha dejado de forma voluntaria de poseer". En las SSAAPP Valencia 12 julio 2005 (JUR 2005, 205212) y Valladolid 10 junio 2005 (JUR 2005, 161917) se reconoce comportamiento antijurídico el cambio de cerradura del mismo domicilio, máxime en ausencia de resolución judicial que atribuya el uso de la vivienda a alguno de los cónyuges. (v. SAP Tarragona 3 mayo 2005 [JUR 2005, 171093]).

morada⁶, a salvo la correspondiente autorización judicial, por ejemplo, para recoger las ropas y enseres⁷.

El domicilio conyugal lo fijan los cónyuges de común acuerdo. Si falta acuerdo resolverá el Juez teniendo en cuenta el interés de la familia⁸. El acuerdo de los esposos a la hora de fijar el domicilio conyugal es consecuencia del principio de igualdad de los esposos. El acuerdo puede ser expreso o tácito, pero en este último caso debe derivar de actos concluyentes (que ninguno haya acudido a la autoridad judicial para expresar su discrepancia). Desde luego, debe ser posterior a la celebración del matrimonio, pues el artículo 70 CC utiliza el término “cónyuges”, aunque tal decisión pueda variarse tantas veces quieran los esposos siempre y cuando estén de acuerdo en ello.

Por tanto, de acuerdo con el art. 40 del CC, el domicilio conyugal será el lugar donde los esposos tengan su residencia habitual, será el lugar de la residencia habitual de los cónyuges. Se requieren las notas de habitualidad más conyugalidad, pero no tiene porque coincidir con la residencia habitual de cada uno de los cónyuges, puesto que según el art. 87.2 del CC se prevé la posibilidad de que por motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga los cónyuges no vivan juntos⁹. Es decir, una cosa es el domicilio conyugal o residencia habitual de los esposos y otra la residencia habitual de cada uno de ellos¹⁰. Se trata del lugar donde habitualmente se localiza a ambos cónyuges y se ejerce la relación jurídica existente entre ellos, es decir los derechos y obligaciones derivados del matrimonio y entre estos el fundamental es el deber de convivencia (art. 69 del CC)¹¹.

Desde el punto de vista procesal, también debe subrayarse la trascendencia de este domicilio, pues el art. 769 de la LEC lo utiliza como criterio a los efectos de determinar la competencia territorial en los procesos matrimoniales y de menores. (Juzgado de 1ª instancia del lugar del domicilio conyugal)¹². Debe tratarse del último domicilio conyugal, último lugar en el que los cónyuges hayan fijado la residencia habitual del matrimonio¹³.

⁶ SAP Navarra 21 marzo 2005 (JUR 2005, 178).

⁷ SAP Zaragoza 3 junio 2005 (JUR 2005, 177039).

⁸ Art. 70 del CC.

⁹ Vid. HERRERO GARCÍA: “Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el código Civil”, *Libro homenaje al profesor José Beltrán Heredia y Castaño*, 1984, p. 303. Puede ocurrir, según este autor que “por razones de trabajo, los cónyuges vivan en distinta población y los periodos de vacaciones convivan indistintamente en una u otra vivienda”.

¹⁰ La STSJ Aragón de 13 junio 1991 (RJ 1992, 7073) establece como requisitos para la determinación del domicilio conyugal (vivienda familiar) la vinculación e intención de permanencia que no son cumplidos cuando se trata de vivienda ocasional por ocupaciones temporales del esposo fuera de la localidad en que se ha mantenido y conservado la vivienda familiar.

¹¹ La STS (Sala 1ª) 12 julio 1989 (RJ 1989, 5603) se refiere al lugar de mayor vinculación familiar, no al domicilio transitorio u esporádico.

¹² Vid. STS (Sala 1ª) 12 julio 1989 (RJ 1989, 5603) y STSJ Aragón de 13 junio 1991 (RJ 1992, 7073), entre otras. Si bien es cierto que en caso de demanda de divorcio, cuando antes se había interpuesto la de separación, será competente el juzgado del último domicilio conyugal o donde resida habitualmente el demandado, puesto que tras la sentencia de separación ya no existe domicilio conyugal.

¹³ Vid. STSJ Cataluña 7 abril 1992 (RJ 1992, 10275) que decide la competencia del Juzgado de primera instancia del lugar de la segunda vivienda, en la que ambos cónyuges fijaron su residencia habitual después de la jubilación del marido, mediante pruebas que acreditan dicha residencia.

Lo relevante de la localización del domicilio conyugal es que va a permitir determinar la vivienda familiar protegida por el CC¹⁴. A pesar de parecer términos intercambiables, será la vivienda y aún más la vivienda conyugal el elemento clave objeto de la normativa protectora.

2. Domicilio conyugal: vivienda familiar: Domicilio familiar

Ciertamente, este domicilio familiar fijado por los cónyuges determinará cual es la vivienda familiar sujeta a un especial régimen de disposición. Así mismo esta vivienda familiar es sobre la que se decidirá sobre su uso en los supuestos de crisis matrimonial. Lo que debe quedar claro es que el domicilio conyugal cumple la función de localización o identificación del matrimonio, sin embargo la vivienda familiar es un objeto patrimonial susceptible de titularidad y posesión. El concepto de domicilio conyugal es más amplio que el de vivienda familiar que sin embargo coincidirá siempre con el domicilio conyugal¹⁵. De este modo puede ser definida la vivienda familiar como la base física del domicilio conyugal o familiar fijado por los cónyuges¹⁶. Más que el concepto de familia lo preponderante es el de cónyuges, sin perjuicio de que la vivienda conyugal sea donde normalmente residan también los hijos y sus progenitores cumplan la obligación de tenerlos en su compañía.

El domicilio conyugal se identifica con la existencia de una relación matrimonial y el domicilio familiar suele considerarse desde la perspectiva de los hijos al margen del vínculo matrimonial. Sin embargo el domicilio familiar objeto de protección en el CC será el domicilio conyugal que así mismo se identifica con la llamada vivienda familiar protegida. En los casos de crisis matrimoniales la vivienda o domicilio familiar fijado por los cónyuges sigue existiendo y sobre su uso habrá que decidir aunque ya no se llame domicilio conyugal¹⁷.

Cuando nos encontramos ante uniones de hecho y la pareja no tenga hijos, no habrá ningún problema, pues al no existir vínculo que les una, pueden libremente cada uno fijar su propio domicilio. En cambio, cuando hay hijos comunes, la doctrina considera que en caso de discrepancia se podrá acudir al juez que fije un domicilio común, teniendo en cuenta el interés de los hijos menores. Es decir, en las uniones de hecho no es posible la existencia de domicilio conyugal pero si familiar que podrá acordarse en los llamados “pactos de convivencia”¹⁸.

¹⁴ Por ello, también la SAP Madrid 1 diciembre 1992 (AC 1992, 1667) establece que “el art. 96 del Código Civil sólo regula la atribución del uso de la vivienda familiar, habiendo de entenderse por tal *la que ha venido constituyendo la sede de la vida conyugal en unión de los hijos, con anterioridad a la ruptura convivencial*, no es menos cierto que el referido Texto Legal no impide, en modo alguno, que otros inmuebles de los que pudieran ser titulares los cónyuges puedan ser concedidos a uno u otro para su administración, y así lo prevé expresamente el art. 103, 4.º...”. También la SAP Teruel 18 julio 1996 (AC 1996, 1310) en su FD 2º dice que “el artículo 96 del Código Civil se refiere exclusivamente a la vivienda que constituya el domicilio conyugal; por lo que todo lo referente al uso, administración o adjudicación de otra vivienda que puedan poseer los cónyuges como bien perteneciente a la sociedad de gananciales, ha de ventilarse dentro de un proceso más complicado como es el de la liquidación de dicha sociedad económico-matrimonial...”.

¹⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas*, 2005, p. 376.

¹⁶ La STS (Sala 1ª) 18 octubre 1994 (RJ 1994, 7722) identifica vivienda protegida con el lugar en que haya sido localizado el domicilio conyugal.

¹⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas*, 2005, p. 385.

¹⁸ Sobre esta cuestión, vid. LÓPEZ AZCONA: *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial* en «Cuadernos de Aranzadi civil», 12, Navarra, 2002.

3. Protección de la vivienda familiar.

Cuando la vivienda goza del atributo “familiar”, se refiere no a un solo sujeto sino al conjunto de individuos que constituye la familia. La familia, como célula e institución básica de la sociedad, es también merecedora de una protección especial por el ordenamiento. En primer lugar, el artículo art. 39.1 de la CE dispone que “*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”¹⁹. La protección constitucional de la vivienda familiar es doble, puesto que deriva no sólo de su propia naturaleza, (derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la CE), sino también del destino al que sirve. (Derecho de uso de la familia). El TS la califica como “bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”²⁰. Esta protección explica, que a lo largo del tiempo se hayan publicado normas que han configurado un régimen especial para la vivienda familiar que lo distingue del régimen aplicable a otros bienes que va a suponer una limitación del contenido del derecho de propiedad cuando el mismo recae sobre un bien que además de afectar a una necesidad primaria (art. 47 de la CE) tiene como fundamento el matrimonio. Al margen de la normativa pública protectora del derecho a una vivienda digna y adecuada, la vivienda familiar constituye una prioridad. De ahí, que una de las novedades que contiene la nueva LEC en su artículo 693, en cuanto al impago de cuotas de un préstamo con garantía hipotecaria, a través del abono de lo efectivamente adeudado y no las cuotas futuras, incluso instantes antes de celebrarse la subasta, en aras a evitar la pérdida de un inmueble cuando el mismo tenga la consideración de vivienda familiar.

El Ordenamiento Jurídico protege a la vivienda familiar tanto en una situación normal de matrimonio, como en los momentos de crisis, a través de la protección del derecho que tiene la familia al uso²¹. En situación de normal matrimonio, la Ley 11/1981 de 13 de mayo (arts. 1320. 1357.2 y 1406.4.). En momentos de crisis: Ley 30/1981 de 7 de julio en materia de matrimonio y procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio. (arts. 90. 91, 96 y 103.) Por su parte, la LAU de 24 noviembre de 1994 sobre régimen especial en el caso de vivienda familiar arrendada que en el artículo 12 amplía la protección a las uniones de hecho.

El CC no define la vivienda familiar protegida, aunque las normas protectoras del mismo se refieren a la vivienda familiar como vivienda conyugal, lugar fijado por los cónyuges como sede del domicilio conyugal, existan o no existan hijos. No en vano, la normativa protectora del CC se encuentra ubicada dentro del marco legal del matrimonio.

La vivienda familiar objeto de protección es única, por lo que si existen varias, una sería la principal y por ello la sometida a la protección legal. Si son dos viviendas en diferentes localidades, una será vivienda familiar y la otra vivienda de la familia, pero no la habitual²². Excepcionalmente cabría la existencia de varias viviendas familiares

¹⁹ Vid. STS (Sala 1ª) 18 octubre 1994 (RJ 1994, 7722) citada que así mismo reconoce que estas viviendas “han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales”.

²⁰ STS 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330)

²¹ STS 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330)

²² MUÑOZ DE DIOS: “La vivienda familiar”, pp. 228 y 229, citada por ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas*, 2005, p. 386, np. 30.

dignas de tutela y por tanto calificadas como familiares porque reúnen el requisito de la habitualidad. No tendrían tal consideración las llamadas segundas viviendas de recreo, de temporada o veraneo²³. Resulta significativa la especialidad de atribución del uso de la segunda vivienda en el art. 76.3 del Código de Familia de Cataluña que ha sido interpretado como medida excepcional²⁴.

4. Vivienda familiar en situación de normal matrimonio.

4.1. Régimen especial en los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda

Entre las normas protectoras de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio merece mención especial entre otras, la relativa al régimen especial en los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia y muebles de uso ordinario. (arts 1320 del CC y 12 de la LAU), así mismo, el criterio especial sobre el carácter de la vivienda familiar comprada a plazos en el régimen de sociedad de gananciales.(art. 1357 del CC). Por último el régimen legal de la vivienda en el caso de muerte de uno de los cónyuges y disolución de la sociedad de gananciales (art. 1406.4 del CC).

En cuanto a la disposición de la vivienda familiar, el artículo 1320 del CC establece que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o, en su caso, autorización judicial. Esta norma se introduce en el Código Civil con la reforma de 13 de mayo de 1981 consagrando una protección absoluta de la vivienda familiar conyugal. Además, va a constituir una garantía de la efectividad de lo preceptuado en el art. 70 del CC, pues la fijación del domicilio de común acuerdo podría quedar burlada por la disposición del titular. Nos encontramos con una norma de régimen matrimonial primario que está inspirada en el deber de colaboración que tienen los cónyuges entre sí y que es consecuencia del principio de igualdad entre esposos²⁵. Con este precepto se trata de consensuar actos jurídicos de disposición de la vivienda familiar que en potencia pueden suponer un cambio en el domicilio conyugal. Por ello aquí, se ha dicho que la vivienda puede ser interpretada en sentido amplio como vivienda familiar utilizada para el desarrollo de actividades típicamente familiares, no en sentido estricto de vivienda conyugal²⁶.

²³ SAP Córdoba de 16 diciembre 1993 (AC 1993, 2542) y SAP de Asturias de 16 junio 2004.

²⁴ Vid: SAP Barcelona 29 julio 2002 (AC 2002, 279549): “se trata de supuestos extraordinarios, bien porque la familia utilizase de forma indistinta dos fincas como residencias familiares simultáneas, o bien porque concurren circunstancias de índole extraordinaria que hiciesen que la limitación del derecho de propiedad de las otras fincas distintas de la primitiva vivienda familiar estuviese justificada por razones de orden público (reparto de la custodia de los hijos menores entre los cónyuges) , económicas (destino de la finca a actividades productivas indispensables para la familia) o de equidad.”

²⁵ Principio de igualdad de los esposos en el ejercicio de las potestades familiares, entre las cuales se encuentra no sólo la fijación del domicilio conyugal, sino también la de adoptar decisiones trascendentales para la familia, como puede ser que los hijos estudien en una determinada ciudad o pasen de vivir en un colegio mayor a un piso.

²⁶MARTÍN MELENDEZ: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, p. 53.

Se contempla el caso en que la vivienda familiar pertenezca a uno solo de los cónyuges, puesto que si la titularidad de la vivienda fuese ganancial se aplicaría el art. 1375 del CC, según el cual, la disposición de los bienes gananciales corresponde a ambos cónyuges conjuntamente y en su defecto será necesaria autorización judicial, salvo se trate de disposiciones gratuitas.

La limitación a la facultad dispositiva del cónyuge titular se extiende a los actos de enajenación, renuncia, constitución de derechos reales limitados, a título oneroso o gratuito. El objeto de la protección se refiere a la vivienda habitual y a los muebles de uso ordinario. Se refiere a los muebles usuales y usuables de la vivienda, no a las acciones ni al dinero. Tampoco estarán comprendidos los objetos valiosos aunque se utilicen, cuando son sustituibles por otros que prestan la misma utilidad. El consentimiento que podrá ser expreso o tácito debe ser en todo caso especial, no general, pues ello supondría la renuncia a este derecho que es irrenunciable.

En consecuencia, los actos dispositivos de la vivienda o muebles de uso ordinario tanto a título oneroso como gratuito que contradigan el artículo 1320 CC podrán ser anulables²⁷. El plazo de caducidad para ejercitar la acción es de 4 años. Excepcionalmente serán nulos de pleno derecho, cuando el consentimiento que falte sea el del cónyuge titular del bien, el acto será nulo de pleno derecho. Además si la vivienda es ganancial y el acto dispositivo es a título gratuito la sanción será la nulidad de pleno derecho según el artículo 1378 del CC. Sin que en estos casos además sea posible la autorización judicial.

4.2. Vivienda familiar arrendada: Desistimiento y abandono por el titular.

Cuando la vivienda familiar sea utilizada en régimen de arrendamiento, en los casos de desistimiento y abandono por el titular, el artículo 12 de la LAU establece una protección específica para el otro cónyuge o conviviente del arrendatario siempre que en cuanto éste último, haya existido convivencia dos años antes del desistimiento o abandono, salvo hubieran tenido descendencia común en caso de desistimiento del cónyuge titular del arrendamiento sin consentimiento del otro. En caso de desistimiento, el cónyuge no titular podrá subrogarse en la posición del otro, antiguo titular que desiste. El arrendador tendrá la facultad de requerir al cónyuge optante, quien, de no responder al requerimiento en un plazo de quince días, perderá su derecho la subrogación además de verse obligado a satisfacer la renta pendiente de pago hasta la extinción del contrato.

En el caso de abandono de la vivienda familiar, sin desistimiento expreso, por parte del titular, el arrendamiento podría continuar en beneficio del cónyuge del titular si conviviera con él, el cual se subrogará en la posición del anterior arrendatario, siempre y cuando en el plazo de un mes tras producirse el abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge que opte por el arrendamiento, manifestándose en tal sentido.

²⁷ De este modo, según el art. 1322 del CC: “Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos”.

4. 3. Vivienda familiar: Régimen de gananciales: Bienes comprados a plazos por los cónyuges antes de comenzar la sociedad.

Cuando el régimen económico matrimonial que rige en el matrimonio sea el de sociedad de gananciales se otorga un tratamiento especial a la vivienda y ajuar familiares dentro de los criterios previstos para delimitar el carácter ganancial o privativo de los bienes adquiridos a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad. Se trata de una excepción al régimen general previsto en el artículo 1356 del CC, según el cual, las adquisiciones a plazos de bienes por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad serán privativos aunque su precio se hubiera satisfecho mediante desembolsos en parte gananciales y en parte privativos. Cuando se trata de la vivienda familiar, entonces la propiedad pertenecerá en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción a sus aportaciones respectivas. (arts. 1357 y 1354 del CC). Por tanto, este régimen se aplicará aún cuando tan sólo se haya pagado el último plazo con dinero ganancial y el resto lo haya sido con desembolsos a cargo de uno sólo de los esposos antes de comenzar la sociedad²⁸.

Se trata de una norma protectora de la familia y de la sociedad de gananciales que introduce una forma especial de reestablecimiento del equilibrio de los patrimonios implicados en el régimen de sociedad de gananciales²⁹. En definitiva se otorga un régimen especial a la vivienda familiar fruto de la unión conyugal.

4. 3. Vivienda familiar: Régimen de gananciales: Disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.

Así mismo, siempre y cuando el régimen económico que regulaba las relaciones patrimoniales entre los esposos era el de la sociedad de gananciales, el artículo 1406. 4 del CC reconoce un derecho de adquisición preferente de la vivienda familiar en caso de disolución de la sociedad de gananciales por muerte del otro cónyuge o cuando iniciado un proceso de liquidación de la sociedad se produzca la muerte de uno de ellos³⁰. El sobreviviente puede optar por la adjudicación de tales bienes en propiedad o bien que se constituya sobre ellos un derecho de uso o habitación.

5. Atribución del uso de la vivienda familiar: Crisis matrimoniales

Los arts. 90 a 101 del CC se ocupan de regular los efectos comunes de la nulidad, separación y el divorcio. Se tratan tanto los efectos de naturaleza personal (guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas de los mismos), cómo los de naturaleza económica o patrimonial (alimentos, liquidación del régimen económico del matrimonio, pensión compensatoria, atribución del uso de la vivienda familiar). Estos efectos quedarían englobados en el derecho económico postmatrimonial.

²⁸ STS de 7 junio 1996 (RJ 1996, 4826)

²⁹ MARTÍN MELENDEZ: *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales*, 2002, p. 51, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, p. 53.

³⁰ Aunque la mayoría de la doctrina defiende que la vivienda adjudicada preferentemente es la vivienda familiar, residencia habitual de los cónyuges en su matrimonio, en aras a la protección del interés del supérstite, la misma ha sido identificada con la vivienda donde habitualmente reside el cónyuge viudo en el momento de la liquidación. (MARTÍN MELENDEZ: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, pp. 51 y ss)

En los momentos de crisis matrimoniales, desaparecida la obligación de vivir juntos entre los cónyuges (art. 68 del CC) que regía durante la vida normal del matrimonio, la cuestión a solucionar en la práctica es la de cuál de los cónyuges seguirá ocupando la vivienda familiar. Aunque la atribución del uso de la vivienda familiar se hace en la sentencia o en la ejecución de la misma (medidas definitivas)³¹, ello no implica que también se haga en las medidas provisionales (artículo 103 del CC) y en las llamadas previas o provisionalísimas (artículo 104 del CC) que durarán hasta que sean sustituidas por las definitivas (art. 771 y ss LEC).

En principio, podría pensarse que el uso de la vivienda familiar sería del cónyuge titular, sin embargo el legislador ha entendido que el no titular también ha de poder optar a seguir residiendo en la misma. Esto es así, porque sobre la vivienda familiar priman los intereses familiares sobre los particulares de cada cónyuge, pues como consecuencia del matrimonio, el cónyuge no titular configuró unas expectativas sobre la vivienda donde además ambos cónyuges de común acuerdo fijaron el domicilio conyugal³². En esta línea se ha llegado a decir por la doctrina que lo pretendido por el legislador no es tanto la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, pues ya la tenía, como la privación del derecho al otro³³.

La reforma de la Ley 30/1981 otorga protagonismo al principio de autonomía de la voluntad. De manera que serán los cónyuges los que decidan sobre el uso de la vivienda familiar en el convenio regulador que será aprobado por el juez, salvo que fuera dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los esposos (art. 90). Si los cónyuges no llegan a un acuerdo el juez decidirá conforme a los criterios contenidos en el art. 96³⁴, entre los cuales se reconoce el derecho de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular³⁵. Concretamente el art. 96 del CC dice:

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando alguno de los hijos quede en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes Indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titularse requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

³¹ La atribución del uso de la vivienda familiar en las medidas definitivas fue introducida por la citada Ley 10/1981, de 7 de julio.

³² MARTÍN MELENDEZ: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, p. 79.

³³ MONJE BALMASEDA, O: “Artículos 81, 82, 86, 87, 90, 91, 92, 93, 96, 97 del CC”, *Comentarios a los preceptos reformados por las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio. El nuevo derecho matrimonial*, dirigidos por ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L y LLEDÓ YAGÜE, F, Dykinson, Madrid, 2007, p. 82.

³⁴ En términos parecidos, arts. 255.2 y 285.1 del CC francés, 155.4 del CC italiano, 1793 del CC portugués y 83 del Código de Familia de Cataluña.

³⁵ Cuando la vivienda estuviera arrendada, además se aplicará art. 15 LAU.

- 5.1. *El uso de la vivienda familiar: Naturaleza y duración.*
- 5.2. *Atribución de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*
- 5.3. *Atribución de la vivienda familiar en caso de que los hijos hayan sido distribuidos entre los dos padres.*
- 5.4. *Atribución de la vivienda familiar no habiendo hijos.*
- 5.5. *Actos de disposición sobre la vivienda familiar y objetos de uso ordinario.*
- 5.6. *Gastos de la vivienda*

5.1. El uso de la vivienda familiar: Naturaleza y duración.

La vivienda familiar se configura como un patrimonio al servicio de la familia como colectividad, es decir, como una especie de propiedad familiar que trasciende a los propios cónyuges, aunque sea un bien privativo de uno de ellos. La protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso. En los casos de nulidad, separación o divorcio de los esposos, la cuestión a determinar será a cual de los cónyuges le será atribuido el uso, quien será reconocido como titular de un derecho de uso que tiene una naturaleza especial. Nos encontramos ante un derecho de uso temporal. Es un derecho personalísimo, no puede enajenarse ni transmitirse por ningún título.

La protección atiende al interés más digno de protección, concediendo facultades al Juez para los supuestos de falta de acuerdo y a pesar de la renuncia por el no titular. Con independencia de que sea o no un derecho real³⁶, lo cierto es que en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro. Así mismo, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado admite que el derecho de uso es inscribible con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, constituyendo una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario no usuario con oponibilidad a terceros. Esta inscripción podría hacerse, sino sobre la base de una configuración de derecho real, por la vía de una prohibición de disponer³⁷.

El TS en Sentencia de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7919) define el derecho de uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, sino como un “ius ad rem”, con accesibilidad al Registro de la Propiedad³⁸. El mismo Tribunal matiza en la misma sentencia que lo que no puede impedirse es su realización ejecutiva (embargo, subasta, etc.), para dar satisfacción a créditos exigibles. E incluso, debe advertirse, en aras a la protección de la buena fe del tercer hipotecario que, la falta de

³⁶ La mayoría de la doctrina considera que es un derecho de naturaleza real, otros de naturaleza personal, - GARCÍA CANTERO, F: “Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Bases conceptuales y criterios judiciales*, 1986, p. 83), o bien de naturaleza asistencial (ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas*, 2005, p. 386). Resulta acertado pensar que el carácter de este derecho dependerá de la titularidad que uno o ambos cónyuges tenga sobre la vivienda (propiedad, arrendamiento, precario, ..). También los cónyuges podrán configurar en el convenio regulador la naturaleza del derecho de uso. (ROCA I TRIAS: “Comentario del artículo 96 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, 1984, pp. 609 y ss). Tampoco existe unidad de criterio en la jurisprudencia, reconocen la naturaleza real del derecho de uso atribuido al cónyuge no titular, entre otras, las SSTS 22 diciembre 1992 (RJ 1992, 10684), 20 mayo 1993 (RJ 1993, 3807), 18 octubre 1994 (RJ 1994, 7722).

³⁷ Art. 26.2 de la Ley Hipotecaria. Vid. al respecto, entre otras, la RDGRN 19 septiembre 2007.

³⁸ Del mismo modo, el TS añade también acceso del resto de la Sentencia de Separación al Registro Civil, como previene el art. 102-2º-3 CC, lo que podrá instarse en ejecución de Sentencia.

acceso al Registro puede hacer inoponible el derecho, como ocurrió en el caso enjuiciado por la STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713) para la cual, el derecho de uso que sobre la vivienda tenía la esposa del deudor hipotecario atribuido en la sentencia de separación, inoponible frente al adjudicatario de una vivienda hipotecada que actuó de buena fe³⁹. Dicho de otro modo, si el derecho de uso no hubiera tenido acceso al Registro solo sería oponible al tercero cuando éste hubiese conocido de otro modo la existencia de la atribución del uso al no titular.

Es opinión dominante que la atribución de este derecho requiere que uno o ambos esposos fueran titulares de un derecho (propiedad, arrendamiento, usufructo, etc) que les facultara el uso o goce de la vivienda familiar⁴⁰, pues si esta se disfrutaba sin título (precario), como se tratará más adelante, difícilmente la atribución del uso será defendible frente al tercero titular que podrá ejercitar las acciones que correspondan⁴¹.

El juez en la atribución del uso debe decidir lo que sea más conveniente para el interés de los hijos o del cónyuge más necesitado de protección. Por ello, la renuncia a este derecho de uso por el cónyuge no titular o la falta de petición o el acuerdo de los cónyuges no será obstáculo para que el juez la atribuya⁴². Este criterio operativo de atribución tampoco debe quedar anulado por la legislación que lo contradiga, por ejemplo, la normativa sobre el derecho de uso y adquisición de las viviendas militares⁴³.

Cuando la atribución del uso se asigne al cónyuge no titular su duración será limitada, haya sido o no definida en la sentencia, lo cierto es que esta medida podrá ser modificada o extinguida convencional o judicialmente, cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias que determinaron la atribución (arts. 90. 3 y 91 del CC). En definitiva, la duración de este derecho de uso va a depender del motivo de atribución, así cuando el criterio no haya sido la existencia de hijos (art. 96.1 del

³⁹ En parecido sentido se ha pronunciado la DGRN, en la Resolución citada de 19 de septiembre de 2007, según la cual, la oponibilidad de tal derecho a terceros requiere que los mismos no se encuentren protegidos por la fe pública registral. De lo cual se deduce su reconocida inscribibilidad. Incluso antes de la sentencia definitiva, es posible su acceso al Registro. Como medida provisional durante la sustanciación del procedimiento principal, en virtud de lo expuesto en el art. 103. 2 CC, mediante Auto, en cuyo caso, entendemos, el acceso al Registro tendría lugar a través de una anotación preventiva de la demanda presentada. Así mismo, como medida definitiva adoptada en sentencia definitiva, de acuerdo a los arts 90.b y 91 CC que según la doctrina, dará lugar a una nota marginal a la inscripción de dominio del bien inmueble afectado, en la que se hará referencia a la atribución del uso y disfrute respecto del bien inmueble en la parte que corresponda. (vid. PÉREZ UREÑA: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad, a la luz de la jurisprudencia registral" El Consultor Inmobiliario, Nº 98, Sección Actualidad profesional, Febrero 2009)

⁴⁰ CERVILLA GARZÓN: "Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: La pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar", *Mujer, familia y derecho*, 2003, p. 34.

⁴¹ Vid. SAP Asturias 24 noviembre 2003 (JUR 2003, 277780).

⁴² De este modo, para MONTERO AROCA, el Juez decidirá de oficio sólo cuando haya hijos, en otro caso o cuando no se llega a un acuerdo se requiere "pretensión procesal expresa" (*El uso de la vivienda familiares los procesos matrimoniales. (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, 2002, p. 56. En esta línea, v. SAP Granada 4 marzo 2003 (JUR 2003, 181163), dice "que no existiendo hijos menores, no procederá regular de oficio dicho uso, si bien, si lo solicita uno de los cónyuges, podrá acordarse el uso de dichos bienes por tiempo prudencial por el cónyuge no titular, si se considerase que su interés fuera el más necesitado de protección".

⁴³ SAP Asturias 11 diciembre 2001 (JUR 2001, 119978).

CC), la duración será “prudencial”, es decir deberá mantenerse durante un periodo de tiempo razonable que permita al cónyuge no titular dejar de ostentar el interés más necesitado de protección, no faltan pronunciamientos para los que la duración sería la imprescindible para corregir el desequilibrio⁴⁴. Así mismo, aún reconociéndose que la limitación temporal del uso es la regla general, ha sido dicho que “no es obligado fijar un término en casos en que la necesidad del cónyuge sea razonablemente duradera”⁴⁵. Resulta a este respecto significativa la RDGRN de 20 febrero de 2004⁴⁶, según la cual, para la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso reconocido en la sentencia de separación no es necesario señalar plazo de duración, porque tal derecho de uso siempre tendrá un plazo máximo, la vida del cónyuge a quien se atribuye. Sin embargo, sin llegar a tales extremos, la solución más adecuada debería modular la duración del derecho con la efectiva necesidad de vivienda del cónyuge beneficiario del uso y la acreditada utilización de la misma. Por ello es razonable admitir la modificación de medidas y la atribución de la vivienda familiar al cónyuge titular por falta de ocupación de la casa por el cónyuge beneficiario durante un periodo de tiempo y sin causa justificada, aún en el caso de existencia de hijos bajo su guarda⁴⁷.

Así mismo, cabe decir que el abuso o falta de cuidado en el uso de la vivienda provocaría también la modificación de la medida y cesación en el uso atribuido⁴⁸. A diferencia de lo previsto para la pensión compensatoria (art. 101 del CC) la Ley no contempla como causa de extinción del derecho la circunstancia de que el cónyuge beneficiario viva maritalmente con otra persona, a no ser que se entienda reconocida en la “alteración sustancial de las circunstancias” que motivan la modificación de la medida⁴⁹, situación que no sería considerada cuando el interés tenido en cuenta en la atribución del uso hubiera sido el de los hijos. A salvo que la situación de convivencia con tercero determinase la pérdida de la guarda y custodia y en consecuencia la extinción del derecho de uso⁵⁰.

⁴⁴ La SAP de las Islas Baleares de 2 abril 2004 señaló el plazo de un año, al considerarlo como tiempo suficiente para que adopte otra vivienda de su propiedad a sus necesidades familiares

⁴⁵ STSJ Cataluña 22 septiembre 2003 (RJ 2003, 7128).

⁴⁶ *Diario La Ley*, nº 6012, 6 mayo 2004).

⁴⁷ *Vid*: SAP Murcia 5 marzo 2002 (JUR 2002, 127259) sobre modificación de medidas: y atribución de la vivienda familiar al esposo por falta de ocupación de la casa por la esposa e hijo durante dos años sin causa justificada. Así mismo, la SAP Álava 18 septiembre 2000 (AC 2000, 4629), según la cual: “de consolidarse la infrautilización o de patentizarse un uso de la vivienda fraudulento o ajeno a la finalidad de su atribución, pueda y deba revisarse la medida en cuestión”.

⁴⁸ FERNÁNDEZ URZAINQUI: “Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Bases conceptuales y criterios judiciales*, 1986, pp. 259 y ss.

⁴⁹ En este sentido, v. LACRUZ BERDEJO: “Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Bases conceptuales y criterios judiciales*, 1986, pp. 25 y ss. El mismo autor califica la atribución al cónyuge guardador, como atribución *per relationem* (*Elementos de Derecho civil IV, Derecho de familia*, vol. 1º, 1990, p. 110).

⁵⁰ CERVILLA GARZÓN “Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: La pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Mujer, familia y derecho*, 2003, pp. 36 y 37.

5.2. *Atribución de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia entiende que el uso de la vivienda familiar corresponde al cónyuge⁵¹ al cual se le confía la guarda y custodia de los hijos, siendo éste un criterio decisivo de atribución⁵². Se contempla una atribución del uso automática, por ello algunas sentencias han señalado que la atribución de la vivienda familiar al cónyuge y a los hijos que queden a su cuidado es imperativa⁵³. Este criterio automático de atribución parece prescindir del parámetro sobre la necesidad de vivienda del cónyuge no titular custodio. De este modo, su condición de titular de otra vivienda no será obstáculo para la adjudicación del uso de la vivienda familiar cuando la custodia de los hijos le ha sido atribuida, la presunción de conveniencia que para los hijos resulta seguir residiendo en el mismo domicilio familiar justifica tal atribución⁵⁴.

Se trata de un precepto basado en el principio general *favor filii*⁵⁵, que además constituye una presunción, para algunos legal⁵⁶ y para otra parte de la doctrina se trataría de una presunción *iuris tantum* que podría destruirse a través de la prueba en contrario de la necesidad o de las circunstancias que acreditaran que el interés más necesitado de protección es el del cónyuge no guardador. Ello es debido a que la aplicación automática supondría una dificultad en su aplicación práctica, que podría evitarse si se realizara una interpretación de la literalidad legal, a través de un análisis detenido de las circunstancias que rodean cada caso concreto⁵⁷.

Sea como fuere, lo cierto es que a través de esta norma se trata de favorecer la protección del interés de los hijos en el círculo social y económico donde han vivido,

⁵¹ En este sentido, la RDGRN de 21 de junio de 2004, según la cual, aunque el derecho de uso se atribuya a la esposa y a los hijos, no es necesario expresar las circunstancias personales de los hijos, debido a que la inscripción del uso tiene por objeto evitar la disposición del bien por su titular, y que la defensa de tal derecho se encomienda tan solo al cónyuge usuario.

⁵² Entre otros, RAMS ALBESA, J: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 114. Esta postura puede comprobarse en numerosas sentencias, *vid*: SSAAPP Barcelona 26 marzo 1999 (AC 199, 4544), 12 marzo 2004 (JUR 2004, 120406), Madrid 3 abril 2003 (JUR 2003, 188382), entre otras.

⁵³ Entre otras, v. SAP de Toledo 20 noviembre 1995 (AC 1995, 2219). Otros autores, por el contrario entienden que son titulares del derecho de uso el cónyuge y los hijos que quedan en su compañía. Entre otros, GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al artículo 96 del CC”, en VVAA, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dirigido por ALABADALEJO, 2ª Edic, T. II, Edersa, Madrid, 1982.

⁵⁴ La STS 10 febrero 2005 (RJ 2005, 922) concreta la “irrelevancia de las propiedades de que dispongan los cónyuges” cuando la atribución del uso se hace a los hijos y al progenitor en cuya compañía quedan. En este sentido también, v. SAP Castellón 20 septiembre 2000 (AC 2000, 1796) en la que a pesar de que el cónyuge custodio sea copropietario de otra vivienda, la misma se encuentra alejada del centro de estudios del hijo a diferencia del domicilio familiar, situado a escasa distancia cuyo uso le es atribuido de acuerdo al art. 96.1 CC.

⁵⁵ Así en la STS 31 diciembre 1982 (RJ 1982, 7988), SSAAPP Madrid 5 julio 2002 (JUR 2003, 27363), Castellón 20 septiembre 2000 (AC 2000, 1796), Zaragoza 30 abril 1992 (AC 1992, 663), en esta última se decide la atribución al padre en concordancia con el principio «favor filii» y la manifestación de voluntad del menor.

⁵⁶ Cfr: MONTERO AROCA, J: *El uso de la vivienda familiares los procesos matrimoniales*, 2002, p. 62, DE COSSÍO MARTÍNEZ: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, 1997, p. 48.

⁵⁷ Entre otros, *vid*. ABAD ARENAS, E: “La atribución del uso de la vivienda cuando existan hijos mayores de edad convivientes”, *El Consultor Inmobiliario*, Sección Doctrina, Febrero 2009, La Ley. En este sentido, la SAP Barcelona 30 abril 2003 (JUR 2003, 254341) que admite la no aplicación del art. 96.1 y el art. 83 del Código de Familia de Cataluña, en supuestos excepcionales y siempre que no se perjudique el interés del menor.

las circunstancias de su educación, dicho de otro modo, su interés necesitado de protección precisamente es el de continuar viviendo en el mismo domicilio⁵⁸. Otra cosa sería que los hijos no residiesen en la vivienda, o existan circunstancias que desaconsejaran, entonces no sería lógico que el principio *favor filii* justificara la atribución del uso al cónyuge guardador⁵⁹. A este respecto, no ha sido considerado como causa de extinción del derecho de uso atribuido, de acuerdo al principio mencionado, la convivencia en el domicilio conyugal junto con el progenitor custodio y el hijo de un tercero con una vivienda disponible⁶⁰.

Lo que es evidente es que nos encontramos con una medida condicionada por una decisión tomada en la adopción de otra medida, la patria potestad y su ejercicio⁶¹. Por ello, en caso de nulidad, aunque no fuera correcto asignar la vivienda al cónyuge no titular que haya actuado con mala fe (arts. 95 y 98 del CC), sí se admitiría la atribución del uso de la vivienda cuando le hubiera sido asignada la guarda y custodia de los hijos menores.

La titularidad del derecho de uso, según la doctrina mayoritaria, corresponde al cónyuge guardador, aunque la misma se encuentre justificada por el hecho de quedar los hijos en su compañía⁶². En estos casos se ha dicho que si se produce la modificación de la guarda y custodia atribuyéndosela al otro cónyuge, el uso de la vivienda también debería ser cambiado. Incluso se ha reconocido la atribución del uso de la vivienda al *nasciturus* y a la esposa embarazada, condicionada que se produzca el nacimiento⁶³. Finalmente, existen pronunciamientos que se refieren a una titularidad plural del cónyuge e hijos⁶⁴.

Así mismo, la referencia a los “hijos” del art. 96.1 ha planteado la cuestión de si comprende también los hijos mayores de edad⁶⁵. Existen al respecto dos posiciones doctrinales y jurisprudenciales. Una entiende también incluidos a los hijos mayores de edad, puesto que la atribución se fundamenta en que es una modalidad de la prestación del derecho de alimentos de los hijos que puede persistir tras la mayoría de edad cuando siguen viviendo en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, por ejemplo cuando todavía el hijo no ha terminado su formación y tenga una dependencia económica de sus padres, el uso de la vivienda sería alimentos en especie⁶⁶.

⁵⁸ SALAZAR BORT: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2001, p. 58; *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiares las crisis matrimoniales: el interés protegido*, 2000, p. 18.

⁵⁹ SALAZAR BORT: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2001, p. 97.

⁶⁰ Vid. SAP Navarra 3 noviembre 2006 (La Ley 220917/2006).

⁶¹ MARTÍN MELENDEZ: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, p. 133.

⁶² LACRUZ BERDEJO: “Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Bases conceptuales y criterios judiciales*, 1986, pp. 25. Vid. SSAAAP de las Palmas de 27 de julio 1998 (AC 1998, 6876), Córdoba 18 de mayo 1993 (AC 1993, 1057) y de Ciudad Real 3 marzo 1998 (AC 1998, 3819).

⁶³ SAP Cuenca 27 mayo 1999 (AC 1999, 5909).

⁶⁴ SAP Córdoba 29 abril 1998 (AC 1986, 786)

⁶⁵ El art. 83.2.a) del Código de Familia catalán, sin embargo se refiere expresamente a los hijos menores.

⁶⁶ Vid: SAP Barcelona 5 marzo 2000 (AC 2000, 1213). De esta opinión es ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas*, 2005, p. 434.

Se entiende que el criterio del art. 96. 1 del CC está relacionado con el deber de contribuir a las cargas familiares, con independencia de la edad de los hijos⁶⁷, con el requisito de la convivencia⁶⁸. Sin embargo, otra posición doctrinal se refiere a los hijos sujetos a la patria potestad, pues el art. 154.2 del CC determina el deber de los padres de tener a los hijos en su compañía, limitándolo a la patria potestad. Consideran que la atribución del uso no puede ser entendida como un derecho de alimentos, ya que la forma normal de prestarlos es a través de la pensión dineraria (arts 142 y ss del CC). Por ello la renuncia a la pensión alimenticia no implicaría renuncia a residir en el domicilio⁶⁹. Son los menores los que tienen una vinculación más intensa con su entorno habitual y los mayores sin embargo una madurez mental suficiente para manejarse con independencia en la vida⁷⁰. Es por ello que el fundamento de esta atribución y el deber de velar supone relacionar este deber no tanto con la obligación legal de alimentos (necesidad de habitación) cuanto más con el deber de “asistencia”, en el sentido de evitar a los hijos perjuicios que podrían derivarse en el desarrollo de su personalidad al trasladarlos a otra vivienda situada en lugar distinto a aquel en el que el menor ha venido creciendo y desarrollándose en todos los ámbitos⁷¹.

Una tercera postura incluye a los hijos menores y a los incapacitados sometidos a patria potestad prorrogada⁷². En definitiva, aunque los hijos mayores de edad no están contemplados en el art. 96.1, la dificultad de independencia económica en la actualidad, por el largo periodo de aprendizaje necesario para lograr una formación, añadido que hoy la vivienda no es asequible, justificaría que los hijos mayores de edad debieran ser considerados cuando tengan una normal dedicación a situarse en la vida con independencia económica y aplicación al trabajo⁷³. Pero, en tal caso, podría ser lógico fundamentar la atribución de la vivienda al cónyuge no titular que convive con los hijos mayores dependientes por la vía del art. 96.3. En efecto, la consideración de los hijos en esta situación podría ser valorada por el juez como una circunstancia que hiciera aconsejable esta atribución⁷⁴.

Otra cuestión, es si el art. 96.1 comprende también a los hijos no comunes. Si solo existen hijos menores del titular de la vivienda que queden en su compañía, lo más lógico es decidir el mantenimiento de la vivienda al cónyuge titular por la vía del

⁶⁷ ROCA I TRIAS, E: “Comentario del artículo 96 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, 1984, p. 608. ABAD ARENAS, E: “La atribución del uso de la vivienda cuando existan hijos mayores de edad convivientes”, *El Consultor Inmobiliario*, Sección Doctrina, Febrero 2009, La Ley.

⁶⁸ En este sentido, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, 1-1986, p. 1339

⁶⁹ SAP Baleares 29 noviembre 2004 (JUR 2004, 35434).

⁷⁰ SALAZAR BORT: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2001, p. 57 y pp. 83 y ss; *La tutela especial de los hijos*, 2000, p. 26; MARTÍN MELENDEZ: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, pp. 175, 218 y 320 y ss..

⁷¹ MARTÍN MELENDEZ, MT: op cit. p. 169.

⁷² A favor de esta postura, v. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. El art. 544. 5.p. 7 introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “las medidas de naturaleza civil (entre las cuales se encuentra la atribución de la vivienda familiar) deberán ser solicitadas por la víctima o por su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan *hijos menores o incapaces*, ...”.

⁷³ SANTOS BRIZ, J: “Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares”, *El hogar y el ajuar de la familia*, 1986, p. 222. MARTÍN MELENDEZ: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, p. 169.

⁷⁴ Sobre esta cuestión, vid el pormenorizado análisis de MARTÍN MELENDEZ: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, pp. 320 y ss.

art. 96.1 del CC. Sin embargo, en el caso de que sólo existieran hijos menores del cónyuge no titular, no podrían ser tenidos en cuenta a los efectos de la atribución del uso a este cónyuge, ni por la vía del art. 96.1, ni por la del art. 96.3⁷⁵. En efecto, a pesar de que su mantenimiento constituyera carga del matrimonio durante la normalidad matrimonial (1362.1.p.2 CC), la privación de la vivienda al cónyuge titular no puede estar justificada por la atribución a una persona que no es de su familia. A pesar de ello, no faltan pronunciamientos que a través de la presunción de integración familiar señalan que el interés preponderante debe ser el de los hijos sean o no comunes⁷⁶.

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre incluye en el art. 103.1.2 CC la posibilidad excepcional de encomendar la guarda a los abuelos. Ello plantearía la cuestión de atribuir el uso de la vivienda a los “abuelos, parientes u otras personas” a quienes hubiera sido encomendada la guarda y custodia de los hijos. Sin embargo la Ley no prevé esta posibilidad, no se modifica el p. 2 del 103 sobre atribución del uso de la vivienda, ni el 96.3 del CC. La solución vendría dada en la determinación del titular del uso reconocido en el art. 96 del CC.

Por tanto, si entendemos que la titularidad siempre es del cónyuge, siendo los hijos menores un criterio de atribución, no cabría la asignación del uso a los hijos, ni mucho menos a un tercero aunque fuera el abuelo guardador. Por ello, los que niegan la exclusiva titularidad del uso al cónyuge admiten que la atribución del uso de la vivienda pueda ser ostentada por el abuelo de acuerdo al criterio del art. 96.1 del CC⁷⁷. Sin embargo, los defensores de la titularidad exclusiva de los cónyuges entienden que la respuesta debe ser negativa, pues el art. 96 funda la atribución en el matrimonio, contrato del que sólo son parte los esposos y respecto del cual las demás personas incluidos los abuelos son considerados terceros. Ahora bien, sí sería posible la atribución a los hijos como titulares del uso por la vía del art. 92 del CC (deberes en beneficio de los hijos), o por la vía del art. 158.2.3 del CC. En todo caso el guardador será beneficiario del uso pero no el titular⁷⁸.

5.3. Atribución de la vivienda familiar en caso de que los hijos hayan sido distribuidos entre los dos padres.

El segundo párrafo del art. 96 establece que cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez debe resolver lo procedente. En este caso se deja libertad al juez pero sin que sea posible el arbitrio judicial. Cuando los intereses sean similares lo lógico sería atribuir el uso al cónyuge titular. Sea como fuere, lo cierto es que han sido utilizados criterios variados: unos han defendido un criterio numérico, o al grupo económicamente menos favorecido⁷⁹, otros

⁷⁵ CERVILLA GARZÓN: “Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: La pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Mujer, familia y derecho*, 2003, p. 32; ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas*, 2005, p. 435.

⁷⁶ SAP Cáceres 14 noviembre 1988.

⁷⁷ SALAZAR BORT: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2001, p. 259.

⁷⁸ MARTÍN MELENDEZ: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, pp. 276 y ss.

⁷⁹ SALAZAR BORT: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2001, p. 143.

han preferido al cónyuge que se queda con el hijo menor sobre el que se queda con el de mayor edad⁸⁰. También se ha sugerido en estos casos la posibilidad arriesgada de la guarda y custodia compartida de los hijos a tiempo parcial sin cambio de domicilio familiar para estos⁸¹. La concurrencia entre hijos comunes encomendados al no titular e hijos del titular encomendados a éste tendrá el mismo tratamiento como si unos y otros fueran comunes.

5.4. Atribución de la vivienda familiar no habiendo hijos.

El tercer párrafo del art. 96 del CC determina que no habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre y cuando, atendidas las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Es decir, este supuesto se refiere al caso de que no existan hijos o que sus padres hubieran sido privados de la patria potestad antes del proceso matrimonial, o bien que ya no convivan con ellos, o conviviendo tengan independencia económica. Se aplicará también cuando en el caso del art. 96.2 el interés de unos hijos es igualmente necesitado de protección que el de los otros. La atribución del uso de la vivienda en los casos de matrimonios sin hijos es una medida derivada del estatuto matrimonial. Es un deber de solidaridad que deriva del matrimonio disuelto o suspendido, ello confirma de nuevo que cuando el legislador trata de proteger la vivienda familiar se refiere al lugar fijado por los cónyuges como domicilio conyugal.

Este párrafo se refiere al caso de que la vivienda sea de titularidad de uno sólo de los cónyuges, no cuando sea común o ganancial, aunque en tales casos sería adecuada la aplicación analógica de este precepto⁸². Lo que interesa es determinar si el cónyuge no titular tiene un interés más necesitado de protección para decidir la excepcional atribución al mismo del uso de la vivienda familiar, pues en igualdad de condiciones lo normal será que se quede con el uso el cónyuge titular de los mismos.

Producida la separación o el divorcio cesa la convivencia y no existe vínculo familiar alguno entre los cónyuges. Se trata de dos conceptos jurídicos indeterminados que deben darse obligatoriamente, dicho de otro modo, deben concurrir tanto las circunstancias aconsejables como que el interés sea más necesitado de protección sea el del cónyuge no titular. Es un criterio doble, es decir los requisitos no son reiterativos sino que son diferentes y deben concurrir para la atribución del uso. No se trata de una decisión judicial arbitraria, es necesario petición a este respecto y se debe valorar por el juez entre los intereses familiares, cual es el más digno de protección. No es preciso que el cónyuge no titular necesite auxilio económico o no tenga vivienda donde habitar (este sería elemento complementario). Por el contrario sería un factor relevante para rechazar la atribución del uso al cónyuge no titular el hecho de que tenga necesidad de vivienda el dueño de ella⁸³.

⁸⁰ Vid: SAP Jaén 15 julio 1998 (AC 1998, 6767).

⁸¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas*, 2005, p. 436.

⁸² ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas*, 2005, pp. 441 y ss.

⁸³ SALAZAR BORT: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2001, pp. 164 y ss. (STS 23 noviembre 1998 [RJ 1998, 8752]).

Para otorgar este uso y su duración se van a tener en cuenta las circunstancias del caso concreto siendo de aplicación por analogía las del art. 97 del CC (dedicación pasada y futura a la familia, capacidad de obtención de recursos, duración de la relación conyugal, edad, estado de salud...) A pesar de tratarse de dos preceptos con finalidades diferentes, la atribución del uso de la vivienda puede tener carácter complementario o sustitutivo de la pensión compensatoria⁸⁴.

Sea como fuere, lo cierto es que habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto. En caso de enfermedad no bastará con el simple hecho de tenerla, sino el especial beneficio que para la situación del cónyuge le confiera el hecho de vivir en la vivienda conyugal (por la cercanía del centro sanitario al que debe acudir con asiduidad). Del mismo modo si estuviera ciego y tuviera que adaptarse a un nuevo entorno justificaría la atribución del uso de la vivienda familiar a su favor⁸⁵.

Se trata de reconocer como interés más necesitado de protección un interés "patente" por la vinculación especial entre el cónyuge usuario y la vivienda, ya sea económico (despacho en la vivienda, o vivienda próxima al trabajo⁸⁶, situación de paro y carencia de bienes propios⁸⁷), personal (enfermedad y cercanía al hospital). Así mismo, podría ser valorado que el cónyuge tuviera a su cargo otros miembros de la familia (hijos mayores, no padres enfermos⁸⁸).

Además de comprobar que el cónyuge usuario tiene el interés más necesitado de protección (económica, personal, laboral), es necesario acreditar la existencia de circunstancias que concurran en cada caso concreto y aconsejen la atribución al cónyuge no titular para satisfacer la necesidad de alojamiento⁸⁹. La razón es que la adopción de esta medida no habiendo hijos es de gran gravedad para el titular, puesto que para él supone salir de su propia casa para favorecer a su ex cónyuge.

En efecto, cuando el interés más necesitado de protección sea el del cónyuge no titular pero las circunstancias de atribución del derecho de uso no fueran aconsejables, tendrá preferencia el cónyuge titular⁹⁰. Por ejemplo, la necesidad de vivienda del cónyuge titular será por sí mismo un criterio relevante para desaconsejar la atribución al no titular, sin embargo la misma situación (falta de vivienda) en el no titular no será

⁸⁴ Cfr.: ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico*, 2005, p. 439, ROCA I TRIAS: "Comentario del artículo 96 del Código Civil", *Comentarios*, p. 399. Sobre esta cuestión, vid. SSAAPP Cantabria 24 enero 2001 (JUR 2001, 132705), Córdoba 25 marzo 2004 (JUR 2004, 128419), a tenor de esta última sentencia "el desequilibrio que pudiera existir como consecuencia de la separación queda anulado por la atribución de la vivienda familiar a la esposa." Así mismo, la SAP Córdoba 12 marzo 2001 (JUR 2001, 151868) que a los efectos de cuantificar la pensión por desequilibrio establece que la diferencia patrimonial mínima entre ambos cónyuges queda compensada con la atribución de la vivienda familiar a la esposa. Por su parte la SAP Granada 15 julio 2004 (JUR 2004, 256682) admite la reducción de la pensión por desequilibrio por la atribución de la vivienda familiar a la beneficiaria, teniendo que proporcionarse alojamiento el obligado a prestarla. *Vid.* También la SAP Alicante 15 febrero 2001 (JUR 2001, 125240) relativa a la ruptura de una unión extramatrimonial.

⁸⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas*, 2005, p. 436.

⁸⁶ SAP Gerona 27 noviembre 2000 (JUR 2001, 63295).

⁸⁷ *Vid.* SSAAPP Vizcaya 31 enero 2003 (AC 2003, 857), Santa Cruz de Tenerife 30 septiembre 2002 (JUR 2002, 282794), Alicante 25 enero 2001 (JUR 2001, 115416), entre otras.

⁸⁸ SALAZAR BORT: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2001, p. 108.

⁸⁹ SAP Madrid 17 mayo 2001 (JUR 2001, 262665)

⁹⁰ SAP Murcia 16 octubre 2000 (JUR 2001, 43554).

definitiva para justificar la atribución al mismo⁹¹, puede determinar que su interés es el más necesitado de protección, pero necesitará otra circunstancia que aconseje la asignación del uso de la vivienda. En este supuesto, por ejemplo, las desavenencias entre ambos podrían ser consideradas como circunstancia que no justificaría la atribución⁹², o bien, la necesidad de evitar futuros conflictos por la ocupación de personas que nunca han tenido relación familiar con el titular que además es el que paga el préstamo hipotecario⁹³.

5.5. Actos de disposición sobre la vivienda familiar y objetos de uso ordinario.

Para la disposición de la vivienda y los muebles de uso ordinario cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, el último párrafo del citado art. 96 del CC, como medida de protección del cónyuge usuario exige el consentimiento de ambas partes y en su defecto autorización judicial. Se trata de una prohibición de disponer cuya finalidad es el mantenimiento de la situación jurídica creada mediante la atribución judicial del uso de la misma al otro cónyuge. La extensión de esta limitación alcanza a toda clase de actos y negocios jurídicos dispositivos, incluso aquellos que no siendo de disposición impliquen privación del disfrute de la vivienda. Pueden ser llevados a cabo, sin embargo, negocios sobre la titularidad que no interfieran en el derecho al uso (enajenación de la nuda propiedad con reserva del usufructo de la vivienda)⁹⁴.

Así mismo, se reconoce la compatibilidad de la atribución de la vivienda familiar con la acción de división de la cosa común cuando la vivienda tuviera tal carácter⁹⁵. Por su parte, será aplicable el régimen de anulabilidad previsto en el art. 1322 CC para los actos contrarios a esta limitación, estando legitimado para impugnar la disposición de la vivienda en contra de esta prohibición el cónyuge usuario cuyo consentimiento se omitió. Aunque a lo largo de este estudio se ha partido de la atribución al cónyuge no titular de una vivienda propiedad exclusiva del otro esposo, cuando la vivienda fuera común deberán ser aplicados los arts. 396 y 398 del CC sobre la comunidad ordinaria⁹⁶.

5.6. Gastos de la vivienda

⁹¹ SALAZAR BORT: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2001, p. 326.

⁹² SAP Córdoba 18 diciembre 2000 (JUR 2001, 79933)

⁹³ SAP Huesca 27 enero 2000 (AC 2000, 404)

⁹⁴ CERVILLA GARZÓN: “Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: La pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Mujer, familia y derecho*, 2003, p. 37.

⁹⁵ *Vid.* STS (Sala 1ª) 27 junio 2007 (RJ 2007, 3865), según la cual: “el derecho de uso de la vivienda conyugal no impide la partición sobre un bien respecto del que se adjudica a cada cónyuge una participación indivisa de cincuenta por ciento. Según el TS, la división y venta no afecta al régimen de uso de la vivienda familiar atribuida a la madre y al hijo mayor que había sido establecido en la sentencia de divorcio. En idéntico sentido, v. STS 26 junio 2007 (RJ 2007, 3448). Así mismo, SSAAPP Zaragoza 7 marzo 2002 (JUR 2002, 118695) y Barcelona 15 marzo 2001 (JUR 2001, 161545). Sobre la acción de división en estos casos, v. GARCÍA-MAURIÑO, S Y CARPIO FIESTAS: “Atribución de uso de la vivienda familiar y actio común dividendo”, *Actualidad Civil*, nº 1, 1994, pp. 75 y ss.

⁹⁶ SAP Baleares 19 octubre 2004 (JUR 2005, 295391). Según esta sentencia debe respetarse en la atribución del uso de la vivienda a la esposa en sentencia de divorcio en un caso como el enjuiciado sobre venta en pública subasta como consecuencia del ejercicio de la acción de división del domicilio conyugal en copropiedad.

Las cuestiones relativas a los gastos deben decidirse en la sentencia de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, salvo que exista acuerdo entre los cónyuges⁹⁷. La regla general es que los gastos que se deriven del uso, es decir los gastos ordinarios (gastos de consumo o del estricto uso) debe pagarlos el que usa de la vivienda y los derivados de la propiedad deberá soportarlos el propietario, debiendo estarse en cuanto a los extraordinarios a la naturaleza, entidad y prueba de los mismos⁹⁸. Lógicamente, los gastos del arrendamiento serán de cargo del cónyuge titular del arrendamiento. En cuanto al préstamo hipotecario, las cuotas deberán sufragarse por el cónyuge titular, ya que no es una carga del matrimonio, sino una deuda pendiente contraída para financiar la adquisición de la vivienda⁹⁹. Por último, cuando la vivienda pertenezca a ambos pero sólo se hace cargo del pago uno de ellos, deberá tenerse en cuenta a la hora de procederse a la liquidación del patrimonio como un crédito privativo del cónyuge que se hizo cargo de tal gasto, no como un crédito ganancial.

6. Vivienda familiar arrendada: Crisis matrimoniales

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre en aras a solucionar los problemas relativos a la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada dedica un precepto especial a los supuestos de separación, nulidad y divorcio del arrendatario¹⁰⁰. Se trata del artículo 15, según el cual:

*“1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 CC.
2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.”*

Este precepto sólo contempla el caso de atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular del arrendamiento. Además debe tratarse de una atribución en la sentencia que haya puesto fin al proceso de nulidad, separación o divorcio¹⁰¹. Según el artículo expuesto, el cónyuge no titular beneficiario del uso deberá notificar al arrendador la voluntad de continuar en el uso de la vivienda.

⁹⁷ Si se pactara en el convenio regulador la constitución de un usufructo vitalicio a favor de uno de los cónyuges, serían aplicables los arts. 504 y 505 CC a falta de pacto expreso (v. SAP Málaga 23 julio 2004 [JUR 2004, 255956]).

⁹⁸ SAP Almería 7 junio 2004 (AC 2004, 1254). Concretamente, según esta sentencia: “los gastos ordinarios de la vivienda que en su día constituyera el domicilio conyugal, son de cargo del cónyuge a quien se atribuyera su uso exclusivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 528, en relación con artículos 500, 502 y 504, todos ellos del Código Civil”.

⁹⁹ CERVILLA GARZÓN: “Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: La pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Mujer, familia y derecho*, 2003, p. 39.

¹⁰⁰ Esta regulación contradice la línea doctrinal y pronunciamientos de algunas Audiencias que partían de la STC 235/1986 que entendía que el contrato de arrendamiento se consideraba celebrado por ambos cónyuges, aunque tan sólo uno de ellos lo firmara. (PÉREZ UREÑA: La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil. *Diez años de Abogados de familia*, 2003, p.506.)

¹⁰¹ PÉREZ UREÑA: La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil. *Diez años de Abogados de familia*, 2003, p.509.)

La notificación es imperativa, de este modo, a partir del conocimiento por parte del arrendador de esta circunstancia, cuando pretenda ejercer cualquier acción contra el titular arrendatario, debe actuar también contra el usuario, es decir debe ser considerado como parte a fin que por una maniobra se pretenda vulnerar los derechos que la sentencia le confirió, por ejemplo, en el caso de que el arrendador pretenda el desahucio por impago de rentas. No obstante, la falta de esta notificación no facultaría al arrendador para resolver el contrato. Cuando el uso se atribuya al titular del arrendamiento, no hay que realizar ninguna notificación al arrendador, pues el LAU no lo prevé expresamente¹⁰².

La falta de notificación al arrendador traería consigo la falta de subrogación del cónyuge no arrendatario, continuando como titular en el arrendamiento el cónyuge no adjudicatario del uso¹⁰³.

7. Vivienda familiar en precario: crisis matrimoniales

La vivienda se tiene en precario cuando se posee sin título o por la mera tolerancia del dueño de la misma. En estos casos ninguno de los cónyuges es el propietario de la vivienda, sino un tercero. A estos efectos, El TS ha dado soluciones diferentes, en ocasiones se ha negado el desahucio: (derecho real oponible a los propietarios, o mejor un “*derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, (...) Así su protección general ha alcanzado rango constitucional, por el artículo 39-1.º y 2.º de nuestra Carta Magna*”¹⁰⁴. Por otro lado, también se ha argumentado que se trata de un comodato, lo

¹⁰² En caso de muerte del arrendatario, el art. 16 de la LAU establece la subrogación en el contrato: “a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él. b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. c) Los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes.”

¹⁰³ PÉREZ UREÑA: La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil. *Diez años de Abogados de familia*, 2003, p.508.

¹⁰⁴ La STS (Sala 1ª) 18 octubre 1994 (RJ 1994, 7722) declara que el título posesorio deriva directamente del Convenio Regulador y por tanto no se disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el Convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y trascendencia jurídica y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación de subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia. Debe ser advertido que en el caso resuelto por la sentencia citada el marido era copropietario de la vivienda.

que justificaría la ocupación del cónyuge¹⁰⁵ y que la pretensión de los propietarios constituye un abuso de Derecho¹⁰⁶.

Sin embargo, la regla general que prevalece en la última jurisprudencia es favorable al desahucio. En el sentido de que el cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda no podrá ejecutar la sentencia que le atribuye el uso en contra del propietario pudiendo ser desalojado por éste que además no ha sido parte en el pleito¹⁰⁷. Así mismo, la circunstancia de cesión de vivienda para fijación del hogar familiar no constituye un título capaz de enervar la acción de desahucio al romperse la convivencia conyugal y haber desaparecido el uso concreto a que fue destinada la vivienda familiar¹⁰⁸. Por ello se ha dicho que la atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda no es oponible frente al tercero que, por tener título bastante, está legitimado para poner fin a la misma¹⁰⁹. Aún más reforzada esta doctrina en los casos de uniones de hecho¹¹⁰.

Pues bien, la cuestión de determinar si nos hallamos ante un supuesto de precario o de comodato a los efectos de poder recuperar o no inmediatamente el bien por el cedente dependen de las características que definen el uso que sirve de causa a la cesión de la vivienda. Al respecto, existen tres líneas jurisprudenciales:

a) Una considera que existe precario pues la intención del cedente era ceder la vivienda atribuyéndola a un uso determinado¹¹¹, o bien que dicha cesión se realiza sin establecer una duración¹¹², al tratarse de un uso “carente de la concreción y determinación que caracterizan el comodato frente a una situación de mero

¹⁰⁵ El contrato de comodato es aquel en virtud del cual una de las partes entrega a otra (a uno o a ambos cónyuges) una cosa no fungible (vivienda) para que use de ella durante cierto tiempo y luego se la devuelva. (préstamo de uso) (arts 1740 y ss CC). Este contrato es esencialmente gratuito. Se diferencia del precario en que en el comodato la cesión del uso tiene una duración temporal (art. 1749 CC), el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para el que se prestó, sin embargo en el precario, el dueño puede solicitar la restitución de la vivienda cuando estime conveniente. Sobre la diferencia de estas dos figuras y la preferente declaración de precario, v. SAP Las Palmas 5 octubre 2004 (JUR 2004, 304274).

¹⁰⁶ El TS ha argumentado que el derecho de uso es inoponible a terceros, que existe abuso de derecho o mala fe del derecho de los titulares, o bien califica la cesión de la vivienda a los esposos como un contrato de comodato. SAP Murcia de 23 de noviembre 1993 (no comodato). En contra SAP Cádiz 2 de enero 2004 (comodato, aunque esta atribución no podrá perjudicar a terceros que podrán ejercitar las acciones pertinentes. Otra cosa sería que la vivienda perteneciera a un cónyuge y a un tercero.

¹⁰⁷ En este sentido, v. SAP Barcelona 23 mayo 2005 (JUR 2005, 177595), sobre vivienda cedida por mercantil a socio para que fijara en ella su domicilio conyugal, la posterior separación matrimonial permite el desahucio de la esposa.

¹⁰⁸ STS 13 noviembre 2008 (RJ 2009, 5). Según el TS: “la atribución del uso no conforma un derecho nuevo ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario que pueda oponerse eficazmente frente a cualquier tercero.”

¹⁰⁹ STS 30 octubre 2008 (RJ 2008, 366059).

¹¹⁰ Vid. STS 30 octubre 2008 (RJ 2008, 6924).

¹¹¹ La SAP Girona 5 enero 2005 (JUR 2005, 64152) se trata de cesión de vivienda de los padres a su hijo para que estableciese en ella su domicilio conyugal. Según el Tribunal, la cesión no tiene la consideración de comodato al no haberse realizado ésta para un uso determinado sino para el propio del bien cedido.

¹¹² De este modo, en la SAP Almería 19 mayo 2005 (AC 2005, 1723), la cesión del piso a los esposos para que pudiera servirles de domicilio conyugal por parte de los padres del marido, se denomina comodato sin plazo que se convierte en precario. Según esta sentencia, se trata de la reivindicación del bien a voluntad del propietario. Así mismo se dice que la separación conyugal y atribución posterior del uso de la vivienda que no desvirtúa la situación, que permanece igual.

precario”¹¹³. Así mismo, se argumenta la consideración al momento de comienzo de la utilización de la vivienda, se trata de una cesión de vivienda a los cónyuges, no a los cónyuges e hijos, es por ello que el nacimiento posterior de los hijos no modifica la relación inicial de precario¹¹⁴. De este modo, el propietario de la vivienda podrá, sin ningún obstáculo jurídico recuperar la plena disponibilidad de sus facultades dominicales sobre su vivienda, tanto en una situación normal de matrimonio¹¹⁵ como tras la ruptura¹¹⁶. También en las uniones de hecho ha sido considerado el precario¹¹⁷.

b) Otra entiende que existe comodato, pues el uso de la vivienda viene específicamente determinado, o bien que ese uso se ha establecido por un periodo determinado de tiempo concreto (para alojar a la familiar a pesar de la crisis conyugal). Pero a pesar de los plazos, el comodante podría exigir la restitución de la vivienda cuando tuviese necesidad urgente de la misma (1749 CC)¹¹⁸.

c) Por último, existe una reciente jurisprudencia que, defendiendo la existencia de comodato en el contrato de cesión de vivienda al matrimonio para la fijación del domicilio conyugal, mantiene, así mismo, la extinción de este contrato y su conversión en precario, tras la ruptura conyugal y la atribución del uso a uno de los cónyuges¹¹⁹.

Sea como fuere, lo cierto es que sería difícilmente sería inscribible el derecho de uso, preexistente una previa inscripción del título de dominio, usufructo o cualesquiera otro que posibilite el uso a nombre de un tercero. En este sentido, en el caso analizado por la citada RDGRN de 21 de junio de 2004, el usufructo de la vivienda familiar estaba inscrito a nombre de tercero, distinto de las personas distintas de las que suscriben el convenio regulador.

8. Atribución de la vivienda familiar: Ruptura de las Uniones de Hecho

Son distintas las posturas en torno a este problema¹²⁰, pero lo que más nos interesa, es si la protección de que es merecedora la familia hace extensibles las normas relativas a la vivienda familiar a las uniones no matrimoniales. Cuando la vivienda es

¹¹³ STS 30 octubre 2008 (RJ 2008, 6925)

¹¹⁴ SAP Granada 19 septiembre 2000 (AC 2000, 2134).

¹¹⁵ Entre otros, defienden esta postura, CERVILLA GARZÓN: “Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: La pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Mujer, familia y derecho*, 2003, p. 40. Incluso cuando se trate de vivienda que nunca constituyó domicilio conyugal, como ocurrió en el caso resuelto por la SAP Madrid 3 diciembre 2004 (AC 2005, 14) sobre cesión gratuita por hermana de ex-marido a demandada e hijas, según la cual: “la atribución del uso en sentencia de separación no altera la naturaleza de la relación jurídica previa”. Tampoco la atribución de la vivienda familiar hecha en convenio regulador pactado bilateralmente por los cónyuges, sin el consentimiento del titular dominical del piso que la constituye aun en el caso de aprobación por el Juzgado de Familia, puede generar por sí mismo ningún derecho de otra naturaleza anterior e inexistente, de acuerdo a la SAP Córdoba 2 febrero 2004 (JUR 2004, 102421), relativa a la cesión de un inmueble por parte de los padres a los hijos para su uso por estos como vivienda.

¹¹⁶ Según la STS 26 diciembre 2005 (RJ 2006, 180), la sentencia homologatoria del convenio de separación o divorcio no altera la titularidad de la vivienda usada en precario.

¹¹⁷ STS 30 octubre 2008 (RJ 2008, 6924).

¹¹⁸ STS 2 diciembre 1992.

¹¹⁹ Entre otras, v. SSTS 2 octubre 2008 (RJ 2008, 5587), 29 octubre 2008 (RJ 2008, 6923), 30 octubre 2008 (RJ 2008, 6924), 13 noviembre 2008 (RJ 2009, 5).

¹²⁰ Sobre la cuestión, v. PÉREZ UREÑA: “La atribución del uso de la vivienda familiar ante la crisis de las uniones de hecho desde la praxis judicial. El artículo 96 del CC y el juicio verbal por precario en la nueva LEC”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, legislación*, 2003, pp. 55-68.

arrendada el artículo 12 de la LAU extiende la protección al conviviente de hecho con determinados requisitos. Fuera de esta normativa, de las leyes reguladoras de uniones de hecho sólo en Cataluña, Aragón, Andalucía y País Vasco, se contempla que en caso de muerte de uno de los convivientes pueda atribuirse el uso de la vivienda al otro cuando se dan determinadas circunstancias.

El TS, a veces aplica analógicamente el art. 96 del CC¹²¹, más en otras sentencias se niega la equivalencia entre unión de hecho y matrimonio¹²². Existiendo hijos menores comunes, la protección de los hijos¹²³, la necesidad de “habitación” (art. 142.2 del CC) y el principio de igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales justifican esta atribución¹²⁴. Incluso, se ha llegado a atribuir el uso de la vivienda al conviviente no titular y a una hija menor nacida de otra relación anterior¹²⁵. Sin embargo, no existiendo hijos se aplica el principio general del derecho consistente en la protección del conviviente perjudicado por una situación de hecho no regulada por la ley¹²⁶. Otras veces se ha justificado la atribución del derecho de uso de la vivienda mediante la aplicación de la normativa sobre responsabilidad civil y enriquecimiento injusto¹²⁷.

9. Violencia doméstica: Orden de protección víctimas

Para finalizar conviene hacer una mera referencia a La Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

¹²¹ Vid. SSTS (Sala 1ª) 27 marzo 2001 (RJ 2001, 4770), 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020). Le siguen entre otras, la SAP Zaragoza 7 marzo 2002 (JUR 2002, 117695).

¹²² STS (Sala 1ª) 30 diciembre 1994 (RJ 1994, 10391).

¹²³ Vid. en este sentido STS (Sala 1ª) 7 julio 2004 (RJ 2004, 5108), sobre atribución de la vivienda familiar propiedad del padre en una ruptura de una unión de hecho a favor de la hija y de la madre custodia. Según el Tribunal, la atribución de la vivienda hecha por el juzgado responde a la obligación que todo Juez tiene de establecer las medidas más adecuadas para el bienestar del menor aunque no coincidan con las solicitadas por los padres.

¹²⁴ Al principio de igualdad sin discriminación por razón del carácter matrimonial o no de la filiación y a la identidad de razón justificativa de la aplicación del artículo 96.1 CC se refiere la STSJ Navarra 8 noviembre 2006 (RJ 2007, 1666). No obstante, en la misma sentencia por voto particular en contra se argumenta la inaplicabilidad del citado artículo a las parejas de hecho en aras a evitar “la posible evitación de su automatismo en situaciones no matrimoniales”.

¹²⁵ Se trata de la STS (Sala 1ª) 11 julio 2002 (RJ 2002, 7144). En esta línea, v. SSAAPP Badajoz 28 mayo 2003 (JUR 2003, 168345), Murcia 10 diciembre 2002 (JUR 2003, 73904) y de Orense 4 febrero 2004 (JUR 2004, 117243), entre otras.

¹²⁶ En la paradigmática STS (Sala 1ª) 10 marzo 1998 (RJ 1998, 1272) se reconoce la aplicación del principio general del derecho consistente en la protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho, declarándose inaplicable la analogía Vid. Estudio de esta sentencia en RIVERO HERNÁNDEZ: “10 de marzo de 1998. Convivencia more uxorio. Atribución de la vivienda familiar. Principio general de Derecho”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 47, 1998, pp. 867 y ss. Así mismo, en DEL OLMO GUARIDO: “La atribución judicial”, *Revista de derecho privado*, nº 84, 2000, pp. 155 y ss. Por su parte, también GARCÍA RUBIO: “16 diciembre de 1996. Unión de hecho more uxorio”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 43, 1997, pp. 401 y ss, PÉREZ UREÑA: -“La atribución del uso de la vivienda familiar ante la crisis de las uniones de hecho desde la praxis judicial. El artículo 96 del CC y el juicio verbal por precario en la nueva LEC”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, legislación*, 2003, p. 59.

¹²⁷ En la STS (Sala 1ª) 27 marzo 2001 (RJ 2001, 4770) se aplica el principio del enriquecimiento injusto, a pesar de que la imposibilidad de cumplimiento «in natura» por actuaciones del demandado sustituyen la atribución del uso de la vivienda por una indemnización. También, v. SAP Asturias 14 marzo 2000 (AC 200, 1147).

Esta disposición añade un nuevo artículo 544 a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, en su punto 1 establece los requisitos:

- 1.- Que se trate de un supuesto de violencia doméstica. “Todo acto u omisión de un miembro de una familia hacia otro, con consecuencias negativas para ese otro, y que tiene como resultado un daño físico, psíquico o en su desarrollo”
- 2.- Que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad.
- 3.- Contra alguna de las personas mencionadas en el art. 153 del Código Penal.
- 4.- Que se haya creado una situación objetiva de riesgo

En definitiva, la finalidad de la Orden de protección, según la Exposición de Motivos de la Ley, es que “a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, *sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil*”. De este modo, el auto concediendo la protección solicitada, otorgará a la víctima un estatuto integral de protección que comprenderá medidas cautelares penales y de naturaleza civil. En cuanto a estas últimas, según reza el art. 144. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal o bien por el Ministerio Fiscal, si existen hijos menores o incapaces. Entre éstas y sin perjuicio de las previstas en el art. 158 del CC y además de las relativas al régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, régimen de prestación de alimentos, interesa subrayar la referida a la atribución de uso y disfrute de la vivienda familiar¹²⁸.

El titular del uso de la vivienda provisional será la víctima. Nos encontramos ante una atribución excepcional del uso de la vivienda familiar, sin embargo acorde con los criterios previstos en el art. 96 del CC, pues la circunstancia especial de la víctima maltratada se identifica con el criterio del “interés más necesitado de protección”¹²⁹. Estas medidas de carácter civil tienen una vigencia limitada de treinta días, que se podrán prolongar otros treinta días más desde la interposición de la demanda, si dentro de ese plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil. En este plazo las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.

CONCLUSIONES

¹²⁸ Vid. SSAP Girona 26 abril 2005 (JUR 2005, 184103) y Madrid 11 abril 2005 (JUR 2005, 245934), sobre la atribución del domicilio conyugal dentro de las medidas de carácter civil. Medida ésta según la última sentencia de las citadas que tendrá una vigencia temporal.

¹²⁹ No en vano, MARTÍN MELENDEZ, opina que la promulgación de la Ley 27/2003 “ha venido a confirmar la posibilidad de tener en consideración la culpabilidad en la crisis” (*Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2005, p. 128).

- La localización del domicilio conyugal fijado por los cónyuges determinará cual es la vivienda familiar sujeta a un especial régimen de disposición. Así mismo esta vivienda familiar es sobre la que se decidirá sobre su uso en los supuestos de crisis matrimonial.
- Las normas protectoras de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el Código Civil sobre la base del domicilio conyugal y la preexistencia del matrimonio, contrasta con el tratamiento y la protección que la Ley de Arrendamientos Urbanos da tanto al cónyuge como conviviente, integrante de una relación de afectividad análoga a la conyugal en los casos de desistimiento y abandono por el cónyuge titular del arrendamiento.
- En los momentos de crisis matrimoniales, la cuestión a solucionar en la práctica es la de cuál de los cónyuges seguirá ocupando la vivienda familiar. En principio, podría pensarse que el uso de la vivienda familiar sería del cónyuge titular, sin embargo el legislador ha entendido que el no titular también ha de poder optar a seguir residiendo en la misma. Esto es así, porque sobre la vivienda familiar priman los intereses familiares sobre los particulares de cada cónyuge, pues como consecuencia del matrimonio, el cónyuge no titular configuró unas expectativas sobre la vivienda donde además ambos cónyuges de común acuerdo fijaron el domicilio conyugal siempre tomándose como parámetro la falta de necesidad de vivienda del cónyuge titular.
- Con independencia de la naturaleza real o no del derecho de uso objeto de atribución, lo cierto es que en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro.
- El juez en la atribución del uso debe decidir lo que sea más conveniente para el interés de los hijos o del cónyuge más necesitado de protección. Sin embargo, la atribución de la vivienda familiar al cónyuge y a los hijos que queden a su cuidado es imperativa, salvo que el interés de los hijos exija otra cosa. Este criterio automático de atribución prescinde incluso del parámetro sobre la necesidad de vivienda del cónyuge no titular custodio.
- Sin embargo, la privación del uso de la vivienda al cónyuge titular no puede estar justificada por la existencia de hijos propios del no titular al desaparecer el concepto de cargas del matrimonio. Podría fundamentarse la atribución al cónyuge no titular que convive con los hijos mayores como circunstancia aconsejable y no de forma automática.
- En los casos de guarda encomendada a los abuelos o a terceras personas, no cabe la atribución del derecho de uso a un tercero aunque sea el abuelo. El Código Civil funda la atribución en el matrimonio, contrato del que sólo son parte los esposos y respecto del cual las demás personas incluidos los abuelos son terceros. Lo que si sería posible es la atribución a los hijos como titulares del uso. En todo caso el guardador (abuelo) será beneficiario del uso pero no titular.

- La atribución del uso de la vivienda en los casos de matrimonios sin hijos es una medida derivada del estatuto matrimonial. Es un deber de solidaridad que deriva del matrimonio disuelto o suspendido. Constituye un factor relevante para rechazar la atribución del uso al cónyuge no titular el hecho de que tenga necesidad de vivienda el dueño de ella. La duración de este derecho de uso debe ser el imprescindible para corregir el desequilibrio.
- Cuando la vivienda haya sido usada por los cónyuges en precario, el cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda no podrá ejecutar la sentencia que le atribuye el uso en contra del propietario pudiendo ser desalojado por éste que además no ha sido parte en el pleito.
- En los casos de uniones de hecho, aunque la mayoría de la doctrina opina que la falta de identidad de razón entre el matrimonio y la unión de hecho trae como consecuencia la dificultad de sostener la aplicación analógica de las normas establecidas para el matrimonio, si deberían reconocerse determinados efectos jurídicos (protección de los hijos y amparando al conviviente más débil en los casos de abandono y enriquecimientos injustos).
- La atribución del uso de la vivienda familiar a la víctima de violencia doméstica en la Orden de Protección nace con independencia de quien sea el titular de la vivienda, al margen de la existencia de hijos comunes, bastando lo solicite la víctima o su representante legal.
- No obstante la limitación temporal de esta medida, treinta días, a salvo que se inicie el proceso matrimonial, en cuyo caso se prorrogará otros treinta días, debe advertirse que la Orden de Protección se “podrá hacer valer frente a cualquier autoridad y Administración Pública” y por ende esta atribución resultará inatacable por la acción de desahucio del propietario.

BIBLIOGRAFIA

- ABAD ARENAS, E: “La atribución del uso de la vivienda cuando existan hijos mayores de edad convivientes”, *El Consultor Inmobiliario*, Sección Doctrina, Febrero 2009, La Ley.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H: Régimen jurídico del domicilio de las personas jurídicas, 2005.
- CABEZUELO ARENAS, L: “Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extrapatrimonial con tercero”. *Revista de Derecho Patrimonial*.21-2008 2.
- “La disposición de la vivienda familiar las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, *Actualidad Civil*. 5-1, p. 534.
- CERVILLA GARZÓN, MD: “Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: La pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Mujer, familia y derecho*, (coord) FUENTES RODRIGUEZ, CERVILLA GARZÓN, 2003, pp. 17-41.
- *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, 2005.

- DE COSSÍO MARTÍNEZ, M: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de derecho civil*, vol. IV, Tecnos, 2001.
- DE LA PUENTE ALFARO, F: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 698. Noviembre-diciembre 2006.
- DEL OLMO GUARIDO: “La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 10 de marzo de 1998, *Revista de derecho privado*, nº 84, 2000, pp. 155-174.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, FJ: “Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.
- HERRERO GARCÍA, MJ: “Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el código Civil”, *Libro homenaje al profesor José Beltrán Heredia y Castaño*, 1984, pp. 293 y ss.
- GARCÍA CANTERO, F: “Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.
- “Comentario al artículo 96 del CC”, en *VVAA, Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dirigido por ALABADALEJO, 2ª Edic, T. II, Edersa, Madrid, 1982.
- GARCÍA-MAURIÑO, S Y CARPIO FIESTAS: “Atribución de uso de la vivienda familiar y actio común dividendo”, *Actualidad Civil*, nº 1, 1994, pp. 75-96.
- GARCÍA RUBIO, MP: “16 diciembre de 1996. Unión de hecho more uxorio”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 43, 1997, pp. 401-414.
- LACRUZ BERDEJO: “Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.

- LÓPEZ AZCONA, Aurora, *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial en «Cuadernos de Aranzadi civil»*, 12, Navarra, 2002.
- MARTÍN MELENDEZ, MT: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Cívitas, 2005.
- MONTERO AROCA, J: *El uso de la vivienda familiares los procesos matrimoniales, (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: Artículo 1357 párrafo 2 del Código Civil*, Civitas, 2002.
- MONJE BALMASEDA, O: “Artículos 81, 82, 86, 87, 90, 91, 92, 93, 96, 97 del CC”, *Comentarios a los preceptos reformados por las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio. El nuevo derecho matrimonial*, dirigidos por ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L y LLEDÓ YAGÜE, F, Dykinson, Madrid, 2007.
- MURILLAS ESCUDERO, JM: “Crisis conyugales: Limitaciones de uso de la vivienda conyugal”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 705/2008.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X: "El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales", *Actualidad Civil*, 1-1986, p. 1339.
- PÉREZ MAYOR, A: "Uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero (¿precario o comodato?) y el nuevo Código Civil catalán. *Sentencias de los TSJ y AP y otros Tribunales. 15-2007*. Aranzadi.
- PÉREZ UREÑA, AA: "La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil. *Diez años de Abogados de familia*, 2003, pp. 495-510
- "La atribución del uso de la vivienda familiar ante la crisis de las uniones de hecho desde la praxis judicial. El artículo 96 del CC y el juicio verbal por precario en la nueva LEC, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, legislación*, 2003, pp. 55-68.
- "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad, a la luz de la jurisprudencia registral" *El Consultor Inmobiliario*, N° 98, Sección Actualidad profesional, Febrero 2009
- RAMS ALBESA, J: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 114.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F: "10 de marzo de 1998. Convivencia more uxorio. Atribución de la vivienda familiar. Principio general de Derecho", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 47, 1998, pp- 867-880.
- ROCA I TRIAS, E: "Comentario del artículo 96 del Código Civil", *Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, vol, I, Tecnos, 1984.
- SALAZAR BORT, S: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, 2001.
- *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, 2000.
- SANTOS BRIZ, J: "Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales", *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.
- TAMAYO CARMONA, J: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Navarra, 2003.