

■ BOSCH

# La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes

Marta Ordás Alonso





# La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes

Marta Ordás Alonso

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Marta Ordás Alonso**, 2018

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

**Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

**Tel:** 902 250 500 – **Fax:** 902 250 502

**e-mail:** [clientes@wolterskluwer.com](mailto:clientes@wolterskluwer.com)

<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** Mayo 2018

**Depósito Legal:** M-14989-2018

**ISBN versión impresa:** 978-84-9090-310-0

**ISBN versión electrónica:** 978-84-9090-311-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

la STS de 10 de octubre de 2011. Por un lado, el interés del menor puede ser atendido mediante la adopción de medidas diversas sin necesidad de afectar a inmuebles distintos del familiar, tales como un incremento de la pensión de alimentos. Por otro lado, la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo se encuentra prohibida por el texto del precepto que alude a «vivienda familiar». Por último, la interpretación amplia del art. 96 CC efectuada por el Tribunal Supremo choca con la interpretación estricta mantenida por el mismo Tribunal en sentencias no alejadas temporalmente de octubre de 2011 en las que se ampara en la literalidad del precepto para negar la posibilidad de limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores de edad que sigan siéndolo<sup>137</sup>. Sin embargo, en mi opinión, una interpretación teleológica y sociológica del art. 96.I CC, me lleva a admitir la posibilidad de atribuir inmuebles distintos al representado por la vivienda familiar si con ello se protege el interés del menor a la vez que este se compatibiliza con otros intereses en litigio en los términos que he expuesto en el epígrafe dedicado específicamente a tratar esta problemática.

### **1.9. El uso atribuido a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden ¿se extingue al alcanzar estos la mayoría de edad?**

Entre los estudiosos del art. 96 CC es lugar común el debate acerca de la extinción o no del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a los hijos menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden una vez estos hayan alcanzado la mayoría de edad<sup>138</sup>. Cuestión que ha tenido su reflejo en la doctrina de las Audiencias.

Pues bien, son numerosos los autores que otorgan a dicho interrogante una respuesta negativa en la medida en que el hecho de cumplir dieciocho años no implica que tengan independencia económica<sup>139</sup>.

En esta línea, indica SAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 426/2007 de 18 julio, «una interpretación sistemática y teleológica del artículo 96 del Código Civil permite concluir que la atribución del uso y disfrute del que ha venido constituyendo el hogar familiar a la descendencia menor del matrimonio, que por ley les corresponde, aun cuando el

---

sino de otra vivienda, algo que no prevé el ordenamiento jurídico y que, en casos como éste, afecta directamente a los derechos dominicales del cónyuge no custodio. La vivienda familiar tiene un régimen jurídico que no puede extenderse a otras viviendas.

137. Así, por ejemplo, en STS de 30 de septiembre de 2011 entre otras. Regla taxativa, etc.

138. Expresamente contempla esta causa de extinción el art. 233-24 del Código Civil de Cataluña al encontrarse incluido en los supuestos de finalización de la guarda a los que el apartado 1 del precepto se refiere.

139. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: *Régimen jurídico del domicilio...*, 2005, p. 430; BERROCAL LAZAROT, Ana Isabel: «Criterios para la atribución del uso...», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2014, p. 1358; CERVILLA GARZÓN, Mª Dolores: *La atribución del uso de la vivienda...*, 2005, p. 39; CORTADA CORTIJO, Neus: «Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 56, 2001, p. 616; CUENA CASAS, Matilde: «El régimen jurídico de la vivienda...», en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. III, 2ª Ed., 2017, p. 405; ESPIAU ESPIAU, Santiago: *La vivienda familiar en...*, 1992, p. 218; MAGRO SERVET, Vicente: «La valoración de la vivienda familiar en la liquidación de gananciales», *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núm. 38, 2004, p. 10-11; PÉREZ CONESA, Carmen: *Las medidas judiciales definitivas...*, 2006, p. 137; ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, Luis: «Incidencia de la convivencia marital...», *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, 2010, p. 14.

mismo sea privativo de uno solo de los cónyuges, no se realiza sólo para proteger a la infancia, de tal forma que los hijos resulten lo menos afectados posibles por la ruptura conyugal de sus progenitores, sino también para atender los derechos alimenticios de los hijos menores o aún mayores, pero dependientes económicamente de sus padres, en uno de sus aspectos o contenidos más importantes como es el de la habitación, asimilando la ley, como ya se ha dicho, la situación del hijo menor de edad con la del mayor de edad que aún convive con el progenitor guardador, dependiendo, por tanto, económicamente de sus padres, bien por no haber completado aún su formación, siempre que ello sea por causa a él no imputable, bien porque, aún completado, esté inmerso en ese período transitorio de incorporación al mercado laboral, durante el cual aún no ha conseguido la plena independencia económica, pudiendo subvenir a sus propias necesidades de forma autónoma de sus progenitores. De ello podemos concluir la imposible estimación del recurso de apelación, por cuanto que el hecho de que los hijos alcancen la mayoría de edad no implica que, al tiempo de ello, hayan alcanzado, a su vez, la independencia económica de sus progenitores, puesto que, por razones de diversa índole, como por ejemplo que los niños aún continúen cursando sus estudios, y, por tanto, dependiendo económicamente de sus padres para subsistir, y por supuesto para cubrir sus necesidades habitacionales, puede ocurrir que ello no sea así»<sup>140</sup>.

A la misma conclusión llega la SAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 641/2015 de 22 octubre pues «no es cierto que el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decaiga automática y definitivamente una vez se alcance la mayoría. En el caso concreto, la sentencia apelada en su parte dispositiva atribuye el uso de la vivienda a la madre y al hijo en aquella fecha menor de edad, sin que el hecho de que días o semanas después alcance la mayoría sea impedimento para esta atribución, en primer lugar por cuanto ha de estarse a las situación existente en el momento en que se dictó sentencia; por otro lado, el hijo aunque mayor de edad en la actualidad se encuentra cursando estudios y en plena etapa de formación, no tiene independencia económica y dependiendo de sus padres para atender a sus necesidades entre ellas necesita un lugar donde vivir, siendo sin duda la parte más desprotegida junto con su madre y el interés más necesitado de protección. Por otro lado, el que deber de alimentos de los padres a los hijos, incluida la habitación (art. 142 CC), subsiste y no se extingue por el mero hecho de alcanzar la mayoría de edad, siempre que persista el estado de necesidad, por lo que en su caso, deberá instarse la modificación de medidas, en cuyo momento, y en atención a las circunstancias que en ese momento concurran se resolverá lo que proceda pero no cabe establecer dicha privación del uso en la Sentencia por el mero hecho de que pronto va iba a adquirir la mayoría de edad».

---

140. Ello no implica, indica la Audiencia «que, si efectivamente al alcanzar los niños la mayoría de edad, a su vez, estuvieran independizados de sus padres desde el punto de vista económico, pudiendo ambos subvenir a sus propias necesidades, pueda modificarse tal atribución a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas, que podrá siempre instar el hoy apelante, siempre que concurra una alteración sustancial de las circunstancias que, en orden a decidir sobre tal atribución, han sido tenidas en cuenta, ello sin olvidar, claro está, que el uso y disfrute de la vivienda no se atribuye a la madre, como parece entender el apelante, sino a los hijos menores del matrimonio, en razón a que el interés de los mismos es el preferente a tutelar, y, lógicamente, a la madre, puesto que es la que ostenta la guarda y custodia de los mismos, razones todas ellas conducentes al perecimiento íntegro del recurso de apelación».

Idéntica idea late en la SAP de Madrid (Sección 24<sup>a</sup>) de 7 de mayo de 2003 pues «las medidas de carácter económico concedidas en favor de los hijos menores de edad no cesan automáticamente por la mayoría de edad de los mismos, sino que es el progenitor obligado por las mismas a solicitar su extinción o minoración en el procedimiento de modificación de medidas que proceda, parece más adecuado en interés del hijo menor no limitar el derecho de uso de la vivienda habitual hasta la mayoría de edad, sino que sea el progenitor no custodio el que haya de probar llegado ese momento que no se dan los presupuestos jurídicos para considerar a dicho hijo como más necesitado de protección».

En sentido contrario, desde mi punto de vista, el derecho de uso de la vivienda, atribuido a los hijos en atención a su minoría de edad, se extinguirá una vez que estos han alcanzado la mayoría<sup>141</sup>. Entiendo que no cabe mantener una posición distinta una vez que el Tribunal Supremo se ha pronunciado, singularmente en Sentencia del Pleno de 5 de septiembre de 2011, que fija como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Completada por la STS de 11 de noviembre de 2013 pues «la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas».

En esta línea, indica la SAP de Madrid (Sección 22<sup>a</sup>) núm. 954/2015 de 6 noviembre, aludiendo al momento de alcanzar la mayoría de edad, «llegado dicho punto cronológico se extinguirá automáticamente la atribución exclusiva y excluyente, sin necesidad de nueva declaración». Sin perjuicio de que pueda en proceso de modificación de medidas, cauces del artículo 775 LEC, reajustarse el importe de la contribución paterna con motivo del coste que conlleve la cobertura de la básica necesidad de vivienda para los hijos comunes.

En parecidos términos la SAP de Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>) núm. 256/2016 de 14 junio afirma que «la duración de la medida que analizamos se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad, y que este carácter temporal es predicable tanto de los supuestos

---

141. GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentario al art. 96 CC» en *Comentarios al Código Civil y a...*, Tomo II, 1982, p. 410; MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso...», *Actualidad Civil*, 2005, p. 10; PINTO ANDRADE, Cristóbal: «La atribución judicial de la vivienda familiar...», *Actualidad Civil*, 2012, p. 3; SANTOS MORÓN, María José: «La atribución del uso...», *Revista de Derecho Civil*, 2014, p. 10; DEVERDAY BEHAMONTE, José Ramón / CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele: «El derecho de uso de la vivienda...», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, p. 3410.

contemplados en los dos primeros párrafos del artículo 96, pues su duración depende del momento en que el menor de los hijos menores alcance la mayoría de edad, ya que tal atribución vino determinada, única y exclusivamente, por razón de su minoría de edad (sin perjuicio de que el uso pueda mantenerse por más tiempo en los casos en que el cónyuge beneficiario de esta medida siga ostentando el interés familiar más necesitado de protección y con sujeción, si alguna de las partes lo pide en ulterior proceso, a un tiempo prudencial), como de los casos a que se refiere el párrafo 3º de dicho precepto legal, respecto de los que se impone al juzgador el deber de fijar prudencialmente un límite temporal».

Dado que al estudio de la especial problemática planteada por la atribución del uso de la vivienda familiar habiendo hijos mayores de edad carentes de recursos propios que convivan en el hogar familiar se dedica un epígrafe específico de este estudio, a lo allí expuesto por extenso me remito.

Baste en esta sede llamar la atención sobre la SAP de Madrid (Sección 24ª) núm. 740/2004 de 21 octubre en la medida en que estima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de instancia que había atribuido el uso del domicilio familiar a la esposa por un período de 5 años a computar desde la independización del último de los hijos menores, «cuando ello entraña un pronunciamiento de futuro, siendo que hoy por hoy, gozando cada consorte de propio patrimonio y reconocida a favor de la esposa pensión compensatoria [...], no podemos afirmar vaya a ser el de D.ª. Carla el interés más necesitado de protección en ausencia de hijos menores no independientes, y habida cuenta, la edad de la menor de los hijos comunes, 17 años, a esta fecha». En parecidos términos, indica la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 226/2007 de 21 marzo cuando los menores alcanzan la mayoría de edad entra en juego el párrafo 3 del art. 96 del Código Civil, por lo que habrá de analizarse en tal momento si uno de los cónyuges reúne un interés susceptible de protección que aconseje atribuírsele el uso del domicilio familiar por un plazo determinado. Pero esto debe determinarse en tal momento, llegada la mayoría de edad de los hijos, sin anticipar una resolución en un sentido o en otro que puede no coincidir con la realidad del momento en que el hecho se produzca.

## **2. EL REPARTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS**

Dedica el Código Civil el segundo párrafo del art. 96 a establecer los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos en que la guarda y custodia de los hijos se haya repartido entre los progenitores, supuesto que no es frecuente en la práctica dada la recomendación de no separar a los hermanos (art. 92.4º CC)<sup>142</sup>.

---

142. Reparto que sí es acogido por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 530/2015 de 25 septiembre. El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Gijón dictó sentencia el 7 de noviembre de 2012 por la que acordaba el divorcio de los cónyuges doña Begoña y don Raúl con los efectos legales inherentes a tal declaración, de entre los cuales es de interés el siguiente: «Sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, procede atribuir al padre la guarda y custodia de los dos hijos mayores, Adrián y Amadeo, y a la madre la guarda y custodia de los dos hijos menores Isabel y Armando. La decisión de separar a los hermanos se motiva en los siguientes términos: (i) Respecto de los hijos mayores Adrián y Amadeo ambos progenitores solicitan que la guarda y custodia corresponda al padre y tal decisión se respeta





La atribución del uso de la vivienda familiar constituye un asunto central en todo proceso matrimonial. La obra ofrece un estudio exhaustivo del art. 96 CC y de los distintos criterios de atribución del uso de la vivienda familiar que en el mismo se contemplan. Ello no obstante, el análisis va mucho más allá, habida cuenta de que dicho precepto no regula la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida que también se abordan en esta monografía. Del mismo modo y, a título meramente ejemplificativo, también se examina la posibilidad o no de atribuir inmuebles distintos a la propia vivienda familiar, la oportunidad de dividir física o materialmente el inmueble, el régimen de la vivienda familiar arrendada en supuestos de nulidad, separación o divorcio o la atribución del uso de la vivienda conyugal en los supuestos de ruptura de parejas de hecho. Finalmente, cabe destacar especialmente el análisis pormenorizado, a menudo crítico, de multitud de resoluciones judiciales dictadas en los últimos años y su evolución interpretativa, en la medida en que contribuyen a adaptar el tenor literal del art. 96 CC a la realidad social del tiempo en que debe ser aplicado y permite una correcta composición de todos los intereses en conflicto.

