



UNIVERSITAT
POLITÈCNICA
DE VALÈNCIA



LA VIVIENDA CONYUGAL Y FAMILIAR: ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO SOBRE LA MISMA EN CASO DE RUPTURA MATRIMONIAL

TRABAJO FINAL DE GRADO
Grado en gestión y administración pública

Autora: María del Valle Linares
Dirigido por: Pablo Amat Llombart
Curso: 2016-2020

Defensa 2020

RESUMEN / RESUM / ABSTRACT

En este trabajo se aborda en primer lugar el concepto de vivienda familiar o conyugal y sus diferencias, siendo la vivienda el bien material más significativo del que dispone el matrimonio. En caso de ruptura del matrimonio, una de las decisiones más importantes para los cónyuges e hijos (en caso de haberlos), trata sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar. Esta cuestión deberá ser abordada dentro del procedimiento judicial de familia que resuelva el divorcio o la separación matrimonial. La medida sobre el uso de la vivienda familiar se podrá acordar de común acuerdo entre los cónyuges, ratificada por el juez, o bien, a falta de acuerdo, será directamente acordada por el juez. Se analizarán los criterios legales y jurisprudenciales de atribución del derecho de uso sobre la vivienda y se estudiarán los diferentes casos de extinción del derecho de uso sobre la vivienda.

En aquest treball s'aborda en primer lloc el concepte d'habitatge familiar o conyugal i les seues diferències, sent l'habitatge el bé material més significatiu de què disposa el matrimoni. En cas de ruptura del matrimoni, una de les decisions més importants per als cònjuges i fills (en cas d'haver-los), tracta sobre l'atribució del dret d'ús de l'habitatge familiar. Aquesta qüestió haurà de ser abordada dins el procediment judicial de família que resolgui el divorci o la separació matrimonial. La mesura sobre l'ús de l'habitatge familiar es pot acordar de comú acord entre els cònjuges, ratificada pel jutge, o bé, a falta d'acord, serà directament acordada pel jutge. S'analitzaran els criteris legals i jurisprudencials d'atribució del dret d'ús sobre l'habitatge i s'estudiaran els diferents casos d'extinció del dret d'ús sobre l'habitatge.

In this work, the concept of family or conjugal housing and its differences are addressed first, in the view that housing is the most significant material asset

available to the couple. In case of marriage breakdown, one of the most important decisions for spouses and children (if any), deals with the attribution of the right to use the family house. This issue must be addressed within the family judicial procedure that resolves divorce or marriage separation. The measure on the use of family housing may be agreed by mutual agreement between the spouses, ratified by the judge, or, in the absence of agreement, will be directly agreed by the judge. The legal and jurisprudential criteria of attribution of the right of use on housing will be analysed and the different cases of extinction of the right of use on housing will be studied.

PALABRAS CLAVE / PARAULES CLAU/ KEYWORDS

Vivienda familiar; vivienda conyugal; ruptura del matrimonio; atribución de uso de la vivienda.

Habitatge familiar; habitatge conjugal; ruptura del matrimoni; atribució d'ús de l'habitatge.

Family house; spousal housing; marriage breakup; attribution of home use.

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS UTILIAZADOS

AP	Audiencia Provincial
ART.	Artículo
CC	Código Civil de 1889
CE	Constitución Española de 1978
FJ	Fundamento jurídico
IRPF	Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
RAE	Real Academia Española
REM	Régimen Económico Matrimonial
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencias del Tribunal Supremo
TFG	Trabajo Final de Grado

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	8
1.1 OBJETO DE ESTUDIO Y PRESENTACIÓN.....	8
1.2 OBJETIVOS.....	9
1.3 METODOLOGÍA.....	10
2. MARCO REGULATORIO Y CONCEPTUAL	11
2.1 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.....	11
2.2 MARCO CONCEPTUAL.....	13
3. RUPTURA DEL MATRIMONIO Y PROCEDIMIENTOS LEGALES DONDE DECIDIR SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA CONYUGAL/FAMILIAR	22
3.1 PROCEDIMIENTOS DE MUTUO ACUERDO.....	22
3.1.1 DIVORCIO O SEPARACIÓN ANTE NOTARIO.....	22
3.1.2 DIVORCIO O SEPARACIÓN JUDICIAL DE COMÚN ACUERDO.....	24
3.2 PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN DEFECTO DE ACUERDO.....	26
3.2.1 MEDIDAS PROVISIONALES.....	26
3.2.2 JUICIO PRINCIPAL, SENTENCIA Y MEDIDAS DEFINITIVAS.....	30
4 DIVORCIO JUDICIAL CONTENCIOSO O SIN ACUERDO: APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA CONYUGAL/FAMILIAR EN DIVERSAS SITUACIONES.	33
4.1 SITUACIONES RELATIVAS A LA FAMILIA.....	33
A) AUSENCIA DE HIJOS.....	34
B) EXISTENCIA DE HIJOS MENORES.....	36
C) EXISTENCIA DE HIJOS MAYORES.....	39
D) LIMITACIÓN TEMPORAL.....	42
4.2 SITUACIONES RELATIVAS A LA TITULARIDAD DE LA VIVIENDA.....	45
A) PROPIEDAD CONJUNTA DE AMBOS CÓNYUGES.....	45
B) PROPIEDAD INDIVIDUAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES.....	46
C) PROPIEDAD DE TERCERAS PERSONAS.....	48
D) OTROS TÍTULOS: ALQUILERES, USUFRUCTO.....	49

5	EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO	52
5.1	ADJUDICACIÓN EN PLENA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA A UNO DE LOS CÓNYUGES	52
5.2	TRANSMISIÓN A TERCEROS DE LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA	54
5.3	DISPONIBILIDAD SOBREVENIDA DEL USO O PROPIEDAD SOBRE OTRA VIVIENDA	55
5.4	CONVIVENCIA CON NUEVA PAREJA	57
6.	CONCLUSIONES	61
	BIBLIOGRAFÍA	64
	ANEXOS	69

1. INTRODUCCIÓN

1.1 OBJETO DE ESTUDIO Y PRESENTACIÓN

Este trabajo aborda la materia relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar o conyugal en caso de disolución del matrimonio mediante acuerdo o en defecto de acuerdo en las diferentes situaciones familiares, teniendo en cuenta si nos encontramos ante una situación familiar con ausencia o existencia de hijos y en su caso, las situaciones relativas a la titularidad de la vivienda.

En el marco del Código Civil la familia surge tras la celebración del matrimonio y se encuentra compuesta al menos por dos progenitores. El matrimonio es la unión de dos personas de forma estable con el fin de compartir una vida juntos en una vivienda familiar. Así mismo, en la Constitución se reconoce, en plena igualdad jurídica, el derecho a la vivienda en el artículo 47, donde dispone que *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.”* De este modo, cuando nos referimos a la vivienda familiar, se supone que para el matrimonio es el bien más valioso del que disponen, ya que, en ella quedaría representado el hogar familiar. Cabe añadir que, en el artículo 39 de la CE, se asegura la protección social, económica y jurídica de la familia. En cuanto a los menores, también están protegidos de igual forma ante la ley, pues los progenitores se verán obligados a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, e incluso al alcanzar la mayoría de edad hasta su independencia económica.

Ambos cónyuges, como establece el artículo 68 del Código Civil, están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Aclarando el artículo 69, que legalmente se presume, salvo prueba de lo contrario sobre la convivencia de ambos, y el deber de fijar el domicilio conyugal, artículo 70, de común acuerdo. Con esto entendemos que todo matrimonio se celebra para llevar a cabo una convivencia conjunta, dando por hecho que esta convivencia es la situación normal y habitual en todo matrimonio. El cese temporal de la

convivencia no implica por sí la ruptura del matrimonio, porque puede ser debida a causa familiar, laboral o profesional.

Nuestro trabajo está enfocado a la decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar. Para plantearnos esta situación se tiene que dar el hecho de que el matrimonio haya sufrido una ruptura, separación o disolución de este.

La regulación del artículo 82 del CC establece que los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura pública ante el Notario. Según el artículo 85 del Código Civil el divorcio también es una causa que disuelve el matrimonio.

En cuanto al procedimiento judicial, a raíz de la situación anterior, ambos cónyuges estarán sometidos a un procedimiento, teniendo en cuenta las diferentes situaciones, donde se decidirán las consecuencias mediante la sentencia resolutoria. Tras la ruptura, ambos cónyuges podrán estar de acuerdo o no respecto a la atribución al uso de la vivienda familiar o conyugal. En caso de haber acuerdo, así se establecerá en la sentencia de mutuo acuerdo entre los dos, pero en caso contrario, teniendo en cuenta las posiciones de ambos cónyuges, decidirá el Juez y acordará las medidas definitivas en la sentencia.

1.2 OBJETIVOS

Para este TFG se definen los siguientes objetivos;

- I. Analizar cuál es el origen del concepto vivienda familiar/conyugal.
- II. Conocer los criterios de atribución sobre el derecho de uso en las diferentes situaciones relativas familiares y sobre la propiedad tras la ruptura del matrimonio.
- III. Analizar el procedimiento en la ruptura del matrimonio de mutuo acuerdo y contencioso.
- IV. Determinar el derecho de uso sobre la vivienda familiar junto con su extinción por las diferentes controversias.

1.3 METODOLOGÍA

La metodología que he utilizado para la realización del TFG es la habitual que se aplica a las ciencias Sociales y Jurídicas, junto a la jurisprudencia, la doctrina y el ordenamiento jurídico. Para realizar el estudio de trabajo han sido necesarias una serie de etapas previas para posteriormente poder desarrollarlo. Las etapas previas son las siguientes;

- Elección y valoración del tema de estudio elegido para poder realizar una planificación enfocada al objeto del trabajo.
- Recopilación de la normativa y legislación adecuada con el tema junto con la búsqueda de información y bibliografía para poder desarrollar de manera adecuada.
- En relación con la segunda etapa, toda la información de jurisprudencia y doctrina será obtenida de plataformas digitales (revistas de derecho, noticias jurídicas, enciclopedias jurídicas...) y bibliotecas.
- Primer análisis y selección de la información más relevante para situarnos en el contexto adecuado y poder posteriormente empezar la redacción del trabajo de una manera más clara y contrastar principalmente las diferentes posiciones de los autores u opiniones.
- Tras obtener la información con los recursos expuestos anteriormente y poder descartar la información que no es relevante en nuestro estudio, nos hemos organizado para el desarrollo del estudio, con el fin de ir obteniendo información de manera simultánea a la realización de mismo.
- Para terminar el estudio, se establecerán una serie de conclusiones con la finalidad de poder entender las diferentes situaciones que se han expuesto en el trabajo en relación con la vivienda familiar y conyugal.

Durante la realización de este estudio de trabajo, se ha tenido la ayuda del tutor para poder enfocar de manera adecuada el tema hacia los contenidos de interés más importantes, junto con las correcciones y proposiciones de ideas esenciales para el tema de estudio.

2. MARCO REGULATORIO Y CONCEPTUAL

2.1 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

a) Constitución española

La Constitución se ha encargado de regular el matrimonio y la relación familiar en diferentes aspectos a lo largo de su articulado. Por ejemplo, en el artículo 32, el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica. El matrimonio queda regulado por la Constitución y es un aspecto fundamental en el tema de estudio elegido en este trabajo porque vamos a focalizarlo en gran parte a los matrimonios y a la nulidad separación o divorcio de estos, estableciendo una serie de decisiones y situaciones relativas tanto a la situación familiar como a la titularidad de la vivienda, respecto a la atribución del derecho de uso la vivienda.

El artículo 39.1 asegura la protección social, económica y jurídica de la familia. Considerando que los poderes públicos, tienen relación con el poder judicial y, por lo tanto, con la aparición del Juez, una figura esencial en la resolución del procedimiento, el cual se va a encargar de intentar establecer un acuerdo entre los cónyuges, en los diferentes aspectos que se puedan presentar, pero el más importante, la atribución del uso de la vivienda familiar, entre otros.

En su artículo 39, en el apartado segundo establece que, los poderes públicos aseguraran, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Ya que, en los casos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio los hijos necesitan una especial protección, como es en su caso, la vivienda familiar donde poder rehacer su vida.

Por último, en el artículo 47 de la CE todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer

efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

b) Código Civil

El punto de partida de nuestro trabajo es la existencia de un matrimonio formalizado. Según el artículo 68 “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

De hecho, el propio artículo 69 insiste en que “se presume, salvo prueba en lo contrario, que los cónyuges viven juntos”

Finalmente, el artículo 70 establece que “los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”.

El CC regula dos supuestos en los que se produce el cese de convivencia entre los cónyuges. Se trata de la separación y del divorcio, entre otras, paralelamente a estas. En ambas circunstancias, el cese obliga a la toma de una serie de decisiones que afectan a la familia, entre ellas la atribución del uso de la vivienda familiar, objeto de este TFG.

En relación con la separación judicial, según el art. 81 del CC esta se decretará judicialmente. Del mismo modo, según el art. 83, la separación produce la suspensión de la vida en común de los casados debiendo tomar decisiones sobre la vivienda.

Sabemos que el divorcio es una de las causas de disolución del matrimonio, según el art. 85 del CC, además también será necesaria la intervención judicial. Como novedad, desde 2015 el CC permite en determinados casos que tanto la separación como el divorcio se puedan tramitar ante notario y formalizarse en

escritura pública siempre y cuando no existan hijos en el matrimonio o estos sean independientes económicamente. En todo caso, ya se trate de separación o divorcio judicial o notarial, entre los efectos de la ruptura se encuentra la decisión sobre quien o quienes tendrán derecho al uso de la vivienda familiar.

En el art. 90 del CC (común a la separación y el divorcio) prevé que los cónyuges puedan pactar en convenio regulador entre otras cuestiones, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar (art. 90.1.CC).

Finalmente, si los cónyuges no llegan a un acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar tras el cese de su convivencia, será el juez en un proceso de familia contencioso quien adoptará entre otras la medida correspondiente.

En estos casos, el procedimiento judicial matrimonial viene regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los artículos 769 a 774.

2.2 MARCO CONCEPTUAL

a) Vivienda, domicilio, residencia conyugal/familiar

Según el diccionario de la Real Academia Española de la lengua se entiende por vivienda aquel espacio o lugar cerrado y cubierto construido para poder ser habitado por una persona o varias¹.

En nuestro ordenamiento jurídico, respecto al concepto jurídico de vivienda, observamos que no nos ofrece ninguna definición de forma clara, pero sí deja entre verla haciendo referencia en algunos casos como entre otras, aquella que constituye la residencia apta, estable y permanente de la familia en el momento en que se produce la crisis matrimonial. La Constitución Española en su artículo 47 establece que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda

¹ Real Academia Española. <https://dle.rae.es/?w=vivienda> [Consulta: 29 de febrero de 2020].

digna y adecuada “. Sin embargo, no especifica a que se refiere con vivienda digna y adecuada, ni a lo que significa vivienda.

El artículo 70 del CC habla de domicilio conyugal, pero no lo define. Según la doctrina, el autor considera que el domicilio conyugal “parece corresponderse con el de vivienda familiar y con el de hogar familiar” junto con otra definición “lugar donde discurre la existencia en común de todos”².

Otros artículos del CC se refieren al término vivienda familiar: 90.1 c), 91, 96, 103.2, etc. Pero tampoco obtenemos una clara definición de los términos. Podemos concluir, que no es lo mismo la vivienda familiar y el domicilio conyugal, la primera es aquella que, durante el matrimonio o unión de la pareja, se utiliza como domicilio habitual, es decir, donde han convivido de forma permanente. De manera que es conocido el domicilio conyugal como lugar de residencia que han compartido durante el matrimonio, pudiendo ser perteneciente a un tercero, a uno de los dos cónyuges o que haya sido adquirida conjuntamente teniendo los dos cónyuges el dominio de esta³.

En la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, encontramos el art. 2 en su apartado primero del que se desprende la idea de que la vivienda es “una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario”⁴. Podemos destacar, que hace referencia a la vivienda como edificio habitable, es decir, que cumple con ciertas normas de habitabilidad, como los requisitos municipales donde se encuentre, junto con los suministros y normas de la vivienda y así, considerándose un destino de residencia permanente, en relación con la constitución cuando la establece como vivienda digna y adecuada.

² LACRUZ BERDEJO, JL. (2005). “Efectos comunes del matrimonio”, en *Elementos de derecho civil*, Dykinson, Madrid, p. 69.

³ TOUCHARD DÍAZ-AMBRONA, L. “*El domicilio conyugal: los problemas que plantea ante una crisis conyugal*”, *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3130508> [consulta: 13 de abril de 2020]

⁴ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Por su parte, la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas, habla por un lado de residencia habitual (art. 9) aquel ciudadano que permanezca más de 183 días en Territorio Español y, por otro lado, la disposición adicional vigésima tercera habla de vivienda habitual, aquella donde el contribuyente resida tres años continuados⁵. Se vincula la idea de vivienda con la de residencia en territorio español.

Entre otras sentencias, la jurisprudencia describió como vivienda familiar en la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5ª, de 16 de abril de 2009 como *“Aquella en que los cónyuges cumplen su deber de convivencia y de atención a los descendientes y comparten las responsabilidades domésticas”*. También cabe mencionar la SAP de Valladolid, sección 1ª, de 16 de abril de 2004 [ROJ: 134/2004], que la describe como *“Aquella a la que el matrimonio y sus hijos, durante su convivencia y hasta su ruptura de la unidad familiar, convierten por voluntad propia en su residencia personal y familiar y sede física de sus actividades sociales y económicas”*.

Por último, cabe indicar el concepto de vivienda familiar según el de la SAP de Madrid, de 14 de septiembre de 2009 [ROJ: 536/2009]: *“El concepto de vivienda familiar a que se refieren los artículos 90/91/96 y 103-2 del Código Civil es la vivienda habitual de la familia, sin incluir dentro por tanto de su ámbito de aplicación las denominadas viviendas de temporada o segundas residencias usadas por la familia en periodos vacacionales o fines de semana, tampoco entran dentro del concepto de vivienda familiar, otras viviendas que los cónyuges pudieran poseer conjuntamente ...”*.

⁵ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Disposición adicional vigésima tercera. Consideración de vivienda habitual a los efectos de determinadas exenciones.

Finalmente, cabe indicar que, por vivienda familiar se entiende aquella que constituye la residencia normal de la familia, donde de manera estable y permanente han venido habitando los esposos e hijos⁶.

A lo anterior podemos añadir que el concepto de vivienda familiar que hemos analizado puede constituirse en diferentes tipos de edificación. Como, por ejemplo, una casa unifamiliar, piso en un bloque residencial, un apartamento, un *loft*, un bajo acondicionado, etc. Siempre y cuando en ellos se pueda llevar a cabo una vida digna y que, cumplan los requisitos legales de habitabilidad.

Pasemos a continuación al concepto de domicilio. No es infrecuente que se pueda asimilarse el concepto de vivienda al de domicilio. La RAE define el domicilio como “el lugar en que legalmente se considera establecido alguien para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos, también como morada fija y permanente”⁷.

Como concepto jurídico, lo encontramos en el Código Civil en el art. 40, “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Además, 69 del CC, presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos. A partir de tal afirmación, queda constatado que es una situación común del matrimonio y que, por ello, los cónyuges tienen un único domicilio conyugal donde desarrollan su vida. Esta decisión será tomada por acuerdo de ambos, “los cónyuges fijaran de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia” art.70.

⁶ LEFEBVRE, F. (2017). *Vivienda Familiar y cargas del Matrimonio*. Derecho de familia. Madrid. P. 9. [file:///Users/macbookpro/Downloads/vivienda-familiar-y-cargas-del-matrimonio-10+\(1\).pdf](file:///Users/macbookpro/Downloads/vivienda-familiar-y-cargas-del-matrimonio-10+(1).pdf) [Consulta: 13 de enero de 2020].

⁷ Real Academia Española. <https://dle.rae.es/?w=domicilio>. [Consulta: 29 de febrero de 2020]

La fijación del domicilio conyugal puede hacerse de forma tácita o expresa⁸, al no fijar el CC ninguna formalidad del concepto cuando los cónyuges hacen vida diaria en un domicilio o vivienda, no es necesario que ninguno de los cónyuges deba aclarar ante una autoridad judicial cuál es su domicilio habitualmente. La expresión de domicilio conyugal parece corresponderse con el de vivienda familiar⁹. Pero para algunos autores, calificar un domicilio como conyugal o familiar tropieza con la dificultad de que el matrimonio o la familia no tienen personalidad jurídica para que sea más sencillo de clasificar.

Finalmente, podemos brevemente abordar el concepto de residencia. La RAE la define como “lugar en el que se reside o casa donde se convive y residen, sujetándose a determinada reglamentación¹⁰”.

Por otra parte, también se ha definido la residencia¹¹ como lugar del espacio donde una persona permanece de forma continuada. Hace un matiz y divide el término, por una parte, según el procedimiento civil que, refiriéndose a una persona física es el lugar donde tiene su domicilio y, por otra parte, según el Derecho Civil, lugar donde se encuentra de hecho una persona, en contraposición al domicilio, que aclara que es el lugar donde se halla de derecho.

b) Ajuar familiar

El ajuar se entiende como conjunto de muebles, enseres y ropas de uso común en la vivienda de los cónyuges de una manera general, es decir, todo tipo de mobiliario y elementos que integran la vivienda. Así pues, sirven para el desarrollo de las actividades de la familia dentro de la vivienda. Este término está

⁸ DIEZ-PICAZO, L, y GULLÓN, A. (2006). “Efectos del matrimonio”, en *Sistema de derecho civil, Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, p. 96.

⁹LACRUZ BERDEJO, JL. (2005). “Efectos comunes del matrimonio”, en *Elementos de derecho civil*, Dykinson, Madrid, p. 70.

¹⁰ Real Academia Española <https://dle.rae.es/?w=residencia> [Consulta: 29 de febrero de 2020]

¹¹Enciclopedia Jurídica. <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/residencia/residencia.htm> [Consulta: 19 de febrero de 2020].

relacionado con el mobiliario y objetos de uso vinculados a la vivienda, ya que estos últimos también son objetos que se encuentran en el interior de la vivienda y forman parte de esta. Tanto el ajuar como el mobiliario son necesarios para ser utilizados diariamente por los miembros de la unidad familiar.

Al ajuar familiar se refieren varios preceptos del Código Civil. Destacan, el artículo 90 que regula el convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 y el cual deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, en el apartado c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

En defecto de acuerdo de los cónyuges, el artículo 96 del CC, señala que, el uso de la vivienda y los objetos de uso ordinario como es el mobiliario correspondería a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. En el caso que hubiese hijos y cada uno quedase en compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente. Se valorará la importancia que se le pueda dar al tipo de muebles que forme la vivienda¹².

Si presuponemos que tales bienes han sido considerados bienes gananciales adquiridos por partes iguales entre los cónyuges, se pueden liquidar en caso de divorcio, de dos formas: por una parte, en el procedimiento judicial por mutuo acuerdo o ante el notario, solo, en caso de que no haya hijos menores. Por otra parte, en caso de no haber acuerdo entre los cónyuges, se realizaría de forma contenciosa mediante una sentencia judicial interviniendo el juez.

En cuanto a las controversias que aparecen en los divorcios, cuando algunos de los cónyuges deben abandonar la casa y el uso del ajuar familiar acaba perteneciendo exclusivamente al otro, como mejor opción para los dos sería promover el reparto justo y equitativo de todos los elementos que integran la vivienda.

Cabe aclarar que, expresado de forma positiva, el ajuar doméstico comprende cualesquiera bienes que forman parte del hábitat natural del

¹² DIEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A. (2006). "La organización patrimonial del matrimonio", en *Sistema de derecho civil, Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, p.140.

matrimonio, excluidos los de extraordinario valor¹³. La ropa y objetos de uso personal no serían clasificados como gananciales, ni los instrumentos necesarios para la profesión. Por lo que, en caso de que uno de los cónyuges utilizase un ordenador para realizar su profesión, no sería a un bien ganancial sino privativo del mismo, al igual que la ropa u utensilios personales. Según el artículo 1321 del CC, no se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.

c) Derecho de uso de la vivienda

Las razones para decidir a cuál de los cónyuges se le atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar, se encuentran reguladas en el artículo 90 y 96 del CC. El origen de este derecho puede provenir del mutuo acuerdo de los interesados en el convenio regulador como medida de autorregulación entre ambos, por decisión del Juez o Notario. En estos dos últimos casos, se efectuará cuando exista mutuo acuerdo y no haya hijos menores o seas estos independientes económicamente.

Si llegando el momento de decidir sobre la atribución de la vivienda familiar, ninguno de los cónyuges está de acuerdo, surgiría un procedimiento contencioso ante el Juez, quien tiene la competencia de acordar el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella correspondiendo a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, según dice el artículo 96 del CC. En caso de no haber hijos, se podrá establecer un límite temporal, teniendo en cuenta las circunstancias. La doctrina señala que el ajuar familiar coincide con la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar y, por ello, a los hijos y al cónyuge al que se le adjudica el uso también¹⁴.

La STS de 19 de enero de 2017 [ROJ: 113/2017] en su fundamento jurídico 1º, indica que *“la circunstancia de que la vivienda sea privativa de uno de los*

¹³ LASARTE ALVAREZ, C. (2006). “El régimen económico-patrimonial” en, *Principios de derecho civil. Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, p. 173.

¹⁴ GARCÍA PRESAS, I. (2019). *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Reus, Madrid, p.25.

esposos no impide el que su uso sea atribuido al otro si bien en ese supuesto ha de ser limitado temporalmente". Así pues, se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar y del ajuar doméstico a la esposa, por ser el interés más necesitado de protección y por un plazo de tres años, a contar desde la fecha de la presente resolución.

La STS de 19 de noviembre de 2013 [ROJ: 5509/2013] en su fundamento jurídico 1º, indica que, se asignará el uso de la vivienda familiar a la hija hasta la liquidación de la sociedad ganancial. Afirmando que *"la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar es un remedio subsidiario encaminado a garantizar el derecho de los hijos a habitar una vivienda, que puede ser limitado hasta la liquidación de la disuelta sociedad ganancial cuando, en atención a las especiales circunstancias personales y laborales de los progenitores, constituya una solución razonada que no perjudique el interés del menor por contar uno y otro progenitor con capacidad suficiente para satisfacer las necesidades de habitación del menor"*.

Sin duda, una de las cuestiones más discutidas en la doctrina y la jurisprudencia a la hora de la atribución del derecho de uso, ya sea por resolución judicial o por convenio regulador, es la relativa a la naturaleza jurídica del derecho de uso cuando se le atribuye al cónyuge no titular de la vivienda. Centrándonos en este debate para aclarar si se trata de un derecho real o por el contrario de un derecho personal. Pudiéndose considerar un derecho personal y temporal.

Entre los que defiende la naturaleza de este derecho de uso como un derecho real. Según la doctrina, declara que *"el uso puede considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido con arreglo a la Ley, por decisión judicial, y, en cualquier caso, el cónyuge no titular a quien otorgue el uso de vivienda tendrá la cualidad de poseedor especial con título legítimo basado en la decisión judicial"*¹⁵. El autor no se posiciona en un derecho real o personal, más

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, JL. (2009). *Elementos de derecho civil. Derechos reales*. Dykinson, Madrid. Tomo III. Vol.2

bien hace referencia a la relación de derecho real de habitación precisando su temporalidad, calificando al cónyuge una posesión especial.

También se califica el derecho de uso como derecho real ya demás limitado considerando, además, que se califica como derecho real porque tiene acceso al Registro de la Propiedad y es limitado porque necesita siempre un titular del derecho de uso la autorización del otro cotitular para poder realizar actos de disposición sobre el bien¹⁶.

En resumen, partiendo de que en la práctica y dado el supuesto del que parte el art. 96 del CC (vivienda común o privativa de uno de los cónyuges), su configuración tendrá carácter real, siendo ésta la regla general¹⁷. Cabe, por tanto, concebir el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho real, pero dadas la controversia con otros derechos, sería posible clasificar el derecho como, derecho real *sui generis*. Así pues, cuando los cónyuges ocupan una vivienda que no es propiedad de ninguno de los dos, sino otro distinto, como es un arrendamiento, puede ser que el derecho de ocupación fuera, no un derecho real sino un derecho personal, al no darse el caso de propiedad de ninguno.

¹⁶ GONZÁLEZ COLOMA, G. (2015). *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución de la vivienda familiar*, Dykinson, Madrid, p.27.

¹⁷ CHAPARRO MATAMOROS, P. (2018). "Atribución judicial en los supuestos de crisis familiares", en *Derecho de uso y vivienda familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 101.

3. RUPTURA DEL MATRIMONIO Y PROCEDIMIENTOS LEGALES DONDE DECIDIR SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA CONYUGAL/FAMILIAR

3.1 PROCEDIMIENTOS DE MUTUO ACUERDO

3.1.1 DIVORCIO O SEPARACIÓN ANTE NOTARIO

Una de las muchas novedades que introdujo la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria es la posibilidad de que los cónyuges puedan divorciarse o separarse de mutuo acuerdo ante notario.

Para ello, pueden acudir a cualquier notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes.

Como paso previo se les exige el pacto de un convenio regulador y su presentación ante el secretario judicial o en escritura pública ante Notario, debiendo incorporar una declaración inequívoca de su voluntad de divorciarse.

El matrimonio deberá cumplir, además, los requisitos previstos en el art. 82 del CC:

“1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo siempre y cuando hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el secretario judicial o Notario. Igualmente, los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.”

La escritura se rige por los artículos 82, 83, 87, 89 y 90, esencialmente, del Código Civil, por el artículo 54 de la Ley del Notariado y por el artículo 61 de la Ley del Registro Civil, todos ellos según la redacción que le da la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En ella los cónyuges deben intervenir en el otorgamiento “de modo personal” (art. 82 CC), es decir, no delegable por medio de poder o alegación de representación verbal, y luego ratificada. Han de acudir los dos a la vez a firmar la escritura.

En cambio, el asesoramiento legal es en todo caso obligatorio. Los cónyuges deben estar asistidos por letrado en ejercicio (art. 82 CC), añadiendo el art. 54.2 de la Ley del Notariado que *“Los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio”*.

En definitiva, el legislador quiere, por una parte, que la asistencia letrada, sin perjuicio de que pueda ofrecerse antes, exista siempre, y de modo personal, en el momento del otorgamiento de la escritura y por otra, que, a la hora de firmar la escritura de divorcio, los cónyuges mismos (y no unos representantes suyos) puedan consultar, hablar y negociar lo que sea preciso entre sí y asesorados por sus abogados.

En constancia de su presencia y asesoramiento legal, el o los letrados firmarán también la escritura. En la escritura se incorporará o transcribirá el convenio regulador, con el contenido mínimo que prevé el art. 90 del CC, incluida la liquidación de gananciales o del régimen económico que corresponda.

Si hay hijos mayores de edad o emancipados, deberán prestar el consentimiento *“respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.”* (art 82 del CC). Este consentimiento es esencial, si no se presta no hay aprobación de convenio ni tampoco divorcio. Por ello, deberán estar presentes en el momento de otorgar la escritura, aunque

la ley no exige su presencia personal, de modo que podrían estar representados por apoderado.

Una vez firmada la escritura, se remitirá por medios electrónicos al Registro Civil. En caso de que no disponer de esos medios por parte de los registros, se enviará una copia autorizada en papel (art. 61 de la Ley del Registro Civil).

3.1.2 DIVORCIO O SEPARACIÓN JUDICIAL DE COMÚN ACUERDO

Las peticiones judiciales de divorcio o separación de mutuo acuerdo de los cónyuges quedan reguladas en el procedimiento del art. 777 de la LEC. En este caso, se iniciaría por los cónyuges con la presentación de una demanda de separación o divorcio junto con el Convenio Regulador que será sometido al control de un Juez. El art. 90 del CC regulará el contenido mínimo que ha de tener dicho convenio.

Ambos cónyuges, necesitarán presentar ante el Juzgado, junto a la demanda, la certificación de inscripción del matrimonio junto con las inscripciones de nacimiento de todos los hijos que haya en el matrimonio, junto con la propuesta de convenio regulador, redactado por el Abogado y acorde a las especificaciones del matrimonio en concreto velando que todos los acuerdos que contemple se rijan por el cumplimiento del Derecho, incluyendo el acuerdo final alcanzando en el procedimiento de mediación familiar.

En este proceso de mutuo acuerdo, los interesados se pueden someter como hemos mencionado, a la mediación familiar o a una negociación privada. La figura del mediador tiene el objetivo de ayudar a la pareja que está en proceso de separación, devolviendo a los interesados el poder de decisión para resolver las dificultades de la pareja y establecer una solución. La mediación familiar favorece la evolución de la relación en el sistema conyugal, este sistema, no tiene como fin una solución fácil entre ambos sino transformar el conflicto

aparente en colaboración¹⁸. El Letrado de la Administración de Justicia tendrá la competencia de reunir a los dos cónyuges de forma separada para que cada uno de ellos ratifique su petición.

Si el Juez observa insuficiencia de documentación, concederá un plazo para que los interesados puedan presentar adicionalmente la información necesaria. Si hubiera hijos menores o emancipados en el matrimonio, el Tribunal solicitará al Ministerio Fiscal un informe sobre los términos del convenio con relación a los hijos. Finalmente, el Tribunal, en el Juicio dictará sentencia de mutuo acuerdo concediendo o denegando la separación o divorcio del matrimonio, teniendo en cuenta las medidas provisionales del convenio reguladas de mutuo acuerdo de ambos cónyuges.

Cabe la posibilidad de que la sentencia dictada para la separación o divorcio del matrimonio no conceda en todo o en alguna medida parte del convenio. En este caso, se establecerá un plazo a los interesados para que puedan modificar el convenio limitado por los puntos o extremos no acordados por el tribunal, quedando en su competencia la resolución procedente.

Según la doctrina a la separación o divorcio por mutuo acuerdo se le denomina separación consensual, dado que la acción más característica de la figura proviene del consentimiento de ambos cónyuges ante la situación de separación¹⁹.

Volviendo a los anterior, será necesaria la intervención del Ministerio fiscal para que apruebe la propuesta del convenio regulador realizada por las partes. Así pues, en caso de haber hijos menores en el matrimonio se necesitará su intervención para actuar, revisando dicho convenio y dando por buenos los

¹⁸ HERERO ROMERO, P, (2016). "La mediación en los procesos de separación y divorcio" en *Escuela Vasco Navarra de Terapia Familiar*. <https://www.avntf-evntf.com/wp-content/uploads/2016/06/La-Mediacion-en-los-Proc.-de-Sep.-y-Div.-P.-Herrero.-2014.pdf> [Consulta: 16 de febrero de 2020].

¹⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2006). "La separación matrimonial", en *Principios de derecho civil. Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, p. 97.

pactos a los que han llegado los cónyuges, para que así no sean perjudiciales y dañosos para los hijos menores.

3.2 PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN DEFECTO DE ACUERDO

3.2.1 MEDIDAS PROVISIONALES

El Código Civil regula conjuntamente una serie de efectos comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio. Dichos procedimientos se dividen en tres fases:

1°. Una fase preliminar que surge con el mero propósito de demandar.

2°. Otra fase del procedimiento, que se inicia con la presentación de la demanda y finaliza en el momento en el que recaiga sentencia firme.

3°. La fase definitiva, que se produce una vez que es firme y ejecutoria la sentencia judicial.

Cada una de estas fases constituye un escenario en el que los cónyuges se encuentran facultados para entablar las siguientes medidas;

En cuanto a las medidas previas o “provisionalísimas”. Corresponden a la fase preliminar. Su regulación se encuentra prevista en los artículos 104-106 del CC.

El artículo 104 del CC establece al respecto que *“El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores”*, refiriéndose a las medidas que judicialmente se pueden tomar desde la admisión de la demanda, o a los efectos que por este último hecho se producen *ope legis*²⁰. Como aun nos encontramos en la fase preliminar, estas medidas

²⁰ LASARTE, C. (2006). *“Derecho de familia” en Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*. Madrid: Marcial Pons. P.138.

operarían por decisión del juez, al no haberse presentado todavía la demanda. Se tratan de medidas de vigencia temporal limitada²¹.

La fase preliminar está concebida como paso previo a la interposición de la demanda, ello implica que los efectos y medidas que se adopten *“sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente”*. Son, por tanto, medidas preventivas, que, además, tienen carácter potestativo, ya que, su solicitud depende exclusivamente de la voluntad del cónyuge.

Las medidas provisionales, se encuentran reguladas en los artículos 102-103 del CC. Son medidas que nacen una vez presentada la demanda de divorcio, separación o nulidad del matrimonio.

Dichos preceptos regulan los efectos legales de la admisión de la demanda y las medidas que el Juez adoptará en ausencia de acuerdo entre ambos cónyuges, ante la audiencia de estos.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 102 y 103 del CC, pueden distinguirse dos tipos de medidas, las medidas provisionales aprobadas por el Juez (art. 103), conocidas como medidas judiciales, o bien unas medidas o consecuencias que la ley prevé, cuya aplicación es automática (art. 102).

Las medidas legales previstas en el artículo 102 del CC son las siguientes:

“1. ° Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2. ° Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

²¹ LASARTE, C. (2006). *“Derecho de familia” en Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*. Madrid: Marcial Pons. P.140.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil”.

Así pues, durante el periodo de tiempo para la tramitación del procedimiento de nulidad, separación o divorcio, es necesario para los interesados establecer un nuevo *status* jurídico interconyugal²². Respecto a las medidas judiciales provisionales, estas pueden adoptarse de dos formas distintas. Mediante el convenio regulador, donde recopilará todas aquellas medidas que los cónyuges deseen para su futuro, por lo que se conocen como medidas que no son necesariamente elaboradas judicialmente²³. El Juez les dará validez, tras comprobar que cumplen con la legislación vigente.

En caso de que no haya acuerdo, y solamente se solicite el divorcio a petición uno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, tendrá lugar el divorcio contencioso. La demanda que requiere el art. 81 del CC no tiene otro fundamento ahora que la negativa del otro cónyuge a acceder a la separación o el desacuerdo sobre el convenio²⁴.

En este caso la demanda del cónyuge que ha iniciado el procedimiento no va acompañada del convenio regulador, únicamente se presenta la demanda con el contenido en este cónyuge considere conveniente para sus intereses. Con posterioridad, el otro cónyuge deberá presentar la contestación a la demanda. En su defecto, será el Juez, quien decidirá el contenido de las medidas provisionales.

²² LLEDÓ YAGÜE, F. (2002). “Familia” en *Sistema de Derecho Civil* Madrid, Dykinson, P,110

²³ LASARTE, C. (2006). “Derecho de familia” en *Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*. Madrid: Marcial Pons. P.138.

²⁴ LACRUZ BERDEJO, JL. y otros. (2005). “Elementos de derecho civil. Familia IV” en *Separación de los cónyuges*. Madrid: Dykinson. P.84.

Estas medidas provisionales estarán vigentes hasta que recaiga la sentencia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, en cuyo momento se convertirán en medidas definitivas. De forma que, las medidas como los efectos adoptados como provisionales, terminarían cuando el juez dicte una sentencia firme que ponga fin al procedimiento y estas sean sustituidas por las de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo²⁵. El contenido de las medidas provisionales versará sobre los siguientes asuntos entre ellos las medidas relativas al uso de la vivienda familiar, art. 103.2 del CC.

En cuanto a las relaciones paternofiliales, se tratan todas las cuestiones relativas a los hijos del matrimonio, como son la patria potestad, la custodia de los menores, el régimen de visitas, etc. Cabe remarcar que la patria potestad es la situación o institución tutelar de la relación de los hijos con los padres independientemente de si los hijos viven o no con los padres, mientras que la custodia es la relación directa, la continuidad de vivir los padres con los hijos. El juez adoptará las disposiciones oportunas para regular el régimen de visitas del cónyuge que no ostente la custodia de los hijos, determinando el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, art 94 del CC.

Además, el Juez tendrá en cuenta la opinión de los hijos al respecto. Generalmente, en la actualidad, se les da voz a los hijos que hayan cumplido los 12 años, o cuando se considere que tienen suficiente madurez, aunque sigue sin ser un trámite obligatorio.

En relación con las medidas relativas al uso del domicilio conyugal familiar y el ajuar doméstico, el juez determinará cuál de los dos cónyuges continúa con el uso de la vivienda familiar. En su decisión debe tenerse en cuenta el interés más necesitado de protección²⁶. La continuación del uso de la vivienda familiar

²⁵ LACRUZ BERDEJO, JL. (2005). "Medidas provisionales" en *Elementos de derecho civil. Familia*, Madrid, Dykinson, P.109.

²⁶ DIEZ-PICAZO, L, y GULLÓN, A. (2006). "Los efectos comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio", en *Sistema de derecho civil, Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, p. 117.

es independiente de la titularidad que se pueda tener sobre esta (propiedad, arrendamiento, etc.).

Por otra parte, el juez determinará también los bienes del ajuar que deben de continuar en la vivienda familiar y los que tenga que llevarse consigo el cónyuge que cesa en la convivencia del domicilio familiar.

Las medidas relativas a las cargas del matrimonio conllevan que, en este caso el Juez tenga la posibilidad de poder establecer las denominadas litis expensas, que recogen la obligación de que uno de los cónyuges pague al otro los gastos necesarios causados y litigios que un cónyuge sostenga contra el otro o contra terceros.

Y para concluir las medidas provisionales, el apartado cuarto del art. 103 del CC, atiende a la regulación de los bienes comunes, conocidos como las medidas sobre el régimen económico del matrimonio. La iniciación del procedimiento no supone por si misma ninguna modificación sustancial del sistema de economía conyugal que previamente regía, el cual continúa subsistiendo. Si tienen sociedad ganancial se pueden establecer las reglas de utilización de los bienes de la sociedad ganancial. Diferenciando en los bienes comunes y los bienes privativos entre los cónyuges.

Las medidas provisionales se convertirán en definitivas con la sentencia estimatoria de la nulidad, divorcio, o separación.

3.2.2 JUICIO PRINCIPAL, SENTENCIA Y MEDIDAS DEFINITIVAS

Las medidas judiciales subsidiarias o medidas definitivas se encuentran reguladas en los artículos 90 y ss. del CC. Las medidas definitivas serán todas aquellas que se encuentren recogidas en la sentencia de separación, divorcio o nulidad.

La ruptura matrimonial puede haber obtenido el refrendo judicial²⁷, al existir una sentencia que declara la separación de los cónyuges. En todos los posibles hipotéticos casos, ya sea porque existiera convenio regulador ratificado por el Juez, o bien, porque no haya sido ratificado en su totalidad o en alguna de las medidas convenidas, o porque se trate de un divorcio contencioso, las medidas definitivas serán adoptadas por el Juez de oficio. Por lo tanto, tienen carácter subsidiario respecto de los acuerdos de los cónyuges, ya que, entran en funcionamiento *“en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación de este”*.

En relación con la jurisprudencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, en su Sección Sexta de 07 de enero de 2012 [ROJ: 843/2012] en su FJ 1º establece que *“además de declarar la disolución, por divorcio, del matrimonio que en su día contrajeran ambos litigantes, establece las medidas de carácter personal y patrimonial que en lo sucesivo han de regir las relaciones entre ellos y la común descendencia habida”*.

Entre las medidas definitivas que pueden adoptarse cabe destacar, respecto a los hijos, la importancia de tener en cuenta el establecimiento de la custodia compartida, siempre siguiendo el principio de *“favor filii”* que significa que todas las medidas que se dan en el divorcio o procedimiento de separación tienen que estar orientadas a defender los intereses de los hijos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que la decisión debe ser tomada siempre en interés del menor, y, por tanto, se tendría que defender la custodia compartida.

Respecto al domicilio conyugal, el Juez tiene que acordar a quién le corresponde su utilización además de la adjudicación de la propiedad y uso del ajuar doméstico. El domicilio conyugal a todos los efectos será otorgado al cónyuge que tenga la custodia de los hijos, independientemente de quién sea el

²⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L. (2003) “Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia” Reus, Madrid. P. 209.

titular de la propiedad del inmueble. En caso de no tener hijos, el CC prevé de manera excepcional la atribución del uso del domicilio a favor del cónyuge no titular, si por las circunstancias se entiende que tiene una necesidad de protección. En relación con el ajuar el CC establece que su uso se atribuirá al cónyuge que tenga el uso del domicilio.

Otro aspecto relevante en este procedimiento es la pensión compensatoria, se puede definir como una cantidad económica que se le da al cónyuge que haya sufrido un empeoramiento en su situación después del divorcio. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad, art.97 del CC. Para calcular dicha cantidad el Juez valorará una serie de principios como, por ejemplo, la edad y salud del cónyuge, sus estudios, su calificación profesional... Según la doctrina el cónyuge que crea que está en situación de recibirla tiene que solicitarla, ya que, como regla general, no se puede conceder de oficio. La pensión puede abonarse mensual, trimestral anualmente, como renta vitalicia, como un pago único, etc.

Por último, cabe destacar la liquidación del régimen económico matrimonial. Con la sentencia de divorcio, separación o nulidad, el Juez tiene que decidir qué normas o que liquidación de este régimen económico matrimonial aplicar, es decir, tiene que decidir el reparto de los bienes. Si hay divorcio habrá extinción del régimen económico matrimonial, pero en cambio, si la sentencia es de separación, el matrimonio no se extingue y por tanto tampoco el régimen económico matrimonial.

Por lo tanto, en caso de divorcio, si el régimen económico matrimonial existente era el de sociedad de gananciales, el Juez tiene que regular la liquidación de la sociedad ganancial y el establecimiento del régimen de separación de bienes.

Todas estas medidas definitivas pueden ser modificadas con posterioridad. El CC prevé que puedan modificarse si se alteran sustancialmente las circunstancias preexistentes.

4 DIVORCIO JUDICIAL CONTENCIOSO O SIN ACUERDO: APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA CONYUGAL/FAMILIAR EN DIVERSAS SITUACIONES.

4.1 SITUACIONES RELATIVAS A LA FAMILIA

En un principio, para solicitar el divorcio, se tenía que cumplir y acreditar alguna de las causas previstas en el CC. Hoy es suficiente la voluntad de uno de los cónyuges para solicitar el divorcio, gracias a reforma posteriores del CC. El divorcio se puede solicitar por alguno de los cónyuges sin alegar causa alguna, solamente se exige que el matrimonio haya estado en vigor tres meses desde la celebración del matrimonio. Para evitar la necesidad de ese plazo, se necesita acreditar que entre los cónyuges hay un riesgo para la vida, la integridad física y moral, la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

En caso de mutuo acuerdo de los cónyuges, no será necesario aplicar judicialmente unos criterios de atribución sobre el derecho de uso de la vivienda. Se priorizan legalmente los acuerdos suscritos por los cónyuges, debiendo ser reflejados los criterios sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda en el convenio regulador a favor de alguno de los cónyuges o hijos. Por otra parte, en todo divorcio judicial contencioso, se verán obligados a establecer los criterios para poder decidir ante las diversas situaciones, a qué cónyuge se le atribuye el derecho de uso de la vivienda. Tanto si hay como si no de hijos del matrimonio, todas las demandas del divorcio contencioso se tramitaran en un juicio verbal, regulado en el art. 443 y ss. de la L.E.C, incluso pudiendo llegar a convertirse en divorcio de mutuo acuerdo. Todo este procedimiento acabará con una sentencia judicial dictada por el juez, quien escribirá sentencia acordando el divorcio y estableciendo las medidas personales y económicas adecuadas sobre los cónyuges tras la separación o divorcio.

Uno de los principales conflictos que surge cuando aparece la crisis matrimonial, es la atribución del uso de la vivienda familiar, una situación complicada para el matrimonio que debe decidir quién será el titular del derecho de uso de esta. Para poder atribuir este uso, hay que tener en cuenta las diversas situaciones familiares en las cuales se encuentren ambos cónyuges. Algunas de las situaciones que vamos a contemplar se pueden recoger en estos argumentos de forma resumida. En la situación con hijos menores, se otorgará el uso de la vivienda familiar a los menores y al cónyuge en cuya compañía queden. Si bien, cuando algún hijo alcanzase la mayoría de edad o si no existieran hijos, tendrá la máxima importancia las circunstancias de los cónyuges, sobre todo aquel más necesitado de protección. Por último, habría que considerar la regulación del art. 96 del CC, donde nuestro ordenamiento jurídico establece los criterios relativos a la atribución del uso de la vivienda familiar.

En caso de que el Juez decida asignar la atribución de la vivienda en favor del cónyuge titular de la vivienda y con posterioridad resulte más necesitado el interés del cónyuge no titular, no cabe la posibilidad de la atribución a este. En cambio, si el juez decide ceder la atribución en favor del cónyuge no titular, el uso de la vivienda puede volver a la persona titular del mismo porque tiene la vocación de retornar al titular²⁸.

A) AUSENCIA DE HIJOS

En el art.96 del CC su párrafo tercero dispone que, cuando no existan hijos en el matrimonio, el uso de la vivienda se atribuirá al titular de esta, es decir, al cónyuge que tenga el derecho privativo de la vivienda y sea perteneciente a él. Pero debe tenerse en cuenta que, no habiendo hijos, también 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. Cabe

²⁸ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2005). "Criterio de atribución y duración de la misma", *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra p. 117.

destacar que en ausencia de hijos cabe la atribución al cónyuge no titular de la vivienda, cuando su interés fuese el más necesitado, pero con un límite temporal.

En este sentido STS de 22 de septiembre de 2003 [ROJ: 7128/2003], se determina la atribución del derecho de uso de la vivienda en favor del cónyuge no propietario de la vivienda, buscándose el propietario de la misma otro lugar de residencia hasta el límite temporal fijado: “Tal atribución del uso y disfrute a favor de la esposa tendrá carácter temporal hasta que se produzca la consumación de la venta de la referida vivienda y efectiva percepción por parte de la misma de las cantidades que le corresponden en su condición de copropietaria de la referida vivienda”.

De este modo, el art. 96 del CC sí establece de forma clara que, en caso de haber hijos menores en el matrimonio, el interés más necesitado de protección recae sobre ellos, de modo que la atribución del derecho de uso de la vivienda deberá recaer en ellos y el cónyuge en cuya compañía queden. Pero en el supuesto de ausencia de hijos, no establece cuál es el interés de mayor protección entre los cónyuges, es decir, en comparación con el otro cónyuge el más necesitado para la atribución. Así pues, el Juez necesitará comprobar las diversas situaciones teniendo en cuenta criterios personales, económicos y sociales, aun sabiendo de quién es la titularidad de la vivienda.

En suma, ante la inexistencia de hijos, el derecho de uso de la vivienda deberá pertenecer al cónyuge titular de la misma, salvo que el cónyuge no titular alegue que su interés es más necesitado de protección y por las circunstancias hagan aconsejable el derecho de uso de atribución de la vivienda (art. 96). Entonces atribuirle el juez tendrá que analizar un doble criterio²⁹, saber cuál de los dos constituye el interés más necesitado, y por parte del cónyuge demostrar las circunstancias para establecérselo. Al respecto, se plantea la cuestión de que, en caso de inexistencia de hijos en el matrimonio, la atribución del derecho de uso sobre vivienda se puede hacer a favor de cualquier cónyuge, con

²⁹ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2005). “El criterio del interés más necesitado de protección y las circunstancias”, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, p.230.

autonomía de quién sea propietario de la vivienda, pudiendo recaer en el no titular, estableciendo una limitación temporal del uso.

B) EXISTENCIA DE HIJOS MENORES

En los supuestos en que existen hijos menores en común en el matrimonio y no haya acuerdo mutuo entre los interesados, se procederá a la decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, ya que, de un modo u otro, el derecho del menor a una vivienda digna y adecuada es prioritario³⁰, siguiendo el criterio regulado en el art. 96, como bien 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.”

De manera que establece como regla general que, en el caso de haber hijos menores en el matrimonio, el uso de la vivienda se le atribuirá al hijo, junto con el cónyuge en cuya compañía queden, pudiendo ser este en no titular de la vivienda. Seguidamente, cuando algunos de los hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente aplicando el interés más beneficioso.

En caso de que la vivienda pertenezca al cónyuge que tiene la custodia del hijo menor, no resulta preciso señalar un límite temporal del derecho de uso asignado, ni de su acceso al Registro de la Propiedad. De modo que, cuando en la vivienda hay menores, no cabe la posibilidad de establecer un límite temporal en su minoría de edad respecto al derecho de uso de la vivienda, siendo poco similar al que se establece en el caso del matrimonio sin existencia de hijos o cuando alcanzan la mayoría de edad. Dado que lo que se protege en estos

³⁰ Artículo 47 de la Constitución Española de 29 de diciembre de 1978: *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”*.

casos, habiendo hijos menores, como dice la doctrina, no son los bienes, sino, la protección del menor en las situaciones de crisis matrimoniales.

En este sentido se expresa la STS de 18 de septiembre de 2013 [ROJ: 5509/2013]. En su fundamento jurídico segundo señala que *“es cierto que el artículo. 96 del CC, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden y que esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras”*. Con lo cual, en los supuestos de que la guardia y custodia sea compartida y los cónyuges ejerzan la custodia del menor (por lo que se establecen períodos de tiempo de convivencia equivalentes), si ambos están de acuerdo, se pueden proponer límites temporales de uso de la vivienda familiar.

Así, la atribución de la vivienda correspondiera a los hijos menores, y serían los conyugues de manera temporal los que fuesen turnándose en cuanto al uso de la vivienda. Dándose el uso de esta de forma alternativa a los conyugues o si no, que los hijos convivan con los padres de forma alternativa, en las respectivas viviendas de ambos en relación con los periodos de guarda y custodia, recurriendo al art. 96 del CC en su apartado tercero, atribuyendo la vivienda al interés más necesitado de protección.

La doctrina se posiciona en contra de esta propuesta y en algunas sentencias se ratifica diciendo que *“a la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, debemos declarar que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores” según la Sentencia del Tribunal Superior de 16 de enero de 2020, ROJ [61/2020]*.

Estamos de acuerdo con esta posición ya que, ambos progenitores se verían obligados al mantenimiento en este caso de tres viviendas, la principal sería la vivienda familiar, donde conviven los hijos y, además, la segunda residencia donde convivirán en los periodos sin convivencia temporal con los hijos, por lo cual se necesitaría, suficiente capacidad económica, sin olvidar los conflictos que se pueden llegar generar entre los interesados por compartir la vivienda en común.

Como consecuencia de la decisión por parte del juez respecto a qué progenitor pertenece la custodia, los hijos deberán convivir con el cónyuge al cual se le atribuya y así, indirectamente este recibirá la atribución del derecho de uso de la vivienda. Si el ejercicio es compartido (y cada progenitor se quede en compañía de uno) será la autoridad judicial quien decida con qué cónyuge han de convivir los hijos³¹.

Este derecho de uso sobre la vivienda familiar perteneciente a los hijos se mantiene cuando todavía ellos no han cumplido la mayoría de edad. Se intenta que mientras los hijos del matrimonio sean menores de edad estén protegidos correspondiéndoles la vivienda a ellos y al progenitor en cuya compañía queden, estableciendo un límite temporal que lo establece la mayoría de edad de los menores como expresa la doctrina en diferentes casos, alegando que una vez el menor de la familia, alcance la mayoría de edad, se podrá volver a decidir sobre el uso de la vivienda y adjudicarla al más necesitado de protección.

En relación encontramos una sentencia del TS de 17 de julio de 2019 [ROJ: 8038/2019] que hace referencia a la sentencia dictada en primera instancia, donde se acuerda la disolución del matrimonio por divorcio y se atribuye la guarda y custodia a la mujer con un régimen de visitas equivalente entre ambos. De modo que, en la sentencia definitiva expresa que el uso de la vivienda se atribuye a la madre hasta la mayoría de edad de la hija menor, hasta que esta tenga una independencia económica dentro de unos límites siempre y cuando la hija pueda acceder al mercado laboral, dejando a sus progenitores en igualdad de condiciones ante la vivienda familiar. El acuerdo del TS es lícito, no quebranta el orden público y cumple el fundamento del primer párrafo del art. 96 del CC.

³¹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2006). *Sistemas de derecho civil*, Tecnos, Madrid, vol. IV p.128.

C) EXISTENCIA DE HIJOS MAYORES

Este es otro caso diferente al que hemos ido entablando anteriormente, cuando hablamos de hijos mayores hacemos referencia a los hijos tienen la capacidad económica suficiente para poder subsistir de forma individual económicamente, pero sabemos que el CC no ha establecido regla alguna para ello, de modo que en la gran parte de los casos no tienen consideración.

Hay que destacar que los aspectos fundamentales que determinan la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar son; a falta de acuerdo, el interés de superior protección y la temporalidad de la atribución. La controversia que se suscita versa sobre la posibilidad de que, en el momento del divorcio, los hijos existentes en el matrimonio fuesen menores de edad y, a la hora de establecer el convenio regulador, en gran parte de los casos, se estableciese como límite temporal sobre la atribución del uso de la vivienda, la mayoría de edad de los hijos o su independencia económica.

Cabe la excepción de cuyos hijos mayores emancipados carecen de recursos económicos, de modo que conviven en la vivienda familiar con uno de los progenitores. Consideramos que en el art. 96 del CC su párrafo primero hace referencia solamente a los hijos menores, cuando establece que, el disponer del uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos y el cónyuge en cuya compañía queden. Queda evidentemente referido a los hijos menores de edad y al cónyuge custodiado, ya que los hijos mayores de edad, al disponer de toda su capacidad legal, no están obligados a convivir en el domicilio familiar³². De igual modo que, la decisión de un hijo mayor de edad no es causa relevante para la atribución del uso de la vivienda, por lo que, se tendrá en cuenta el interés más necesitado de protección de ambos cónyuges.

³² CARRERAS MAREÑA, J.M. (2009). "Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar", en *Derecho Inmobiliario: problemática actual*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. págs. 33 y ss. Tomo I.

En la SAP de Madrid de 17 de septiembre de 2015 [18799/2015] en la Sección 24ª se manifiesta prolongando el uso hasta la independencia económica de los hijos revocando instancia del juzgado de Madrid, que la había fijado hasta la mayoría de edad. De mismo modo, existe jurisprudencia que procede el uso de la vivienda familiar con alternancia anual entre los dos progenitores, alcanzada la mayoría de edad de la hija, SAP Madrid de 03 de octubre de 2014, [REC 13321/2014].

Aunque esta sea mayoritariamente la doctrina utilizada, también hay supuestos que se tiene en cuenta la protección de los hijos mayores de edad, cuando, por ejemplo, se hallan en la etapa universitaria, pudiendo tener su residencia en otro lugar en la época de estudio, pero constituyen su hogar en el domicilio familiar junto con el cónyuge custodiado.

La realidad que vivimos actualmente es la más parecida a la doctrina mayoritaria pero la sociedad actual muestra la difícil aplicación de esta. En nuestro país la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, edad muy temprana para conseguir la independencia económica. Hoy en día, con dieciocho años la mayoría de gente sigue estudiando, sigue formándose para tener un futuro más esperanzador, por ello es muy complicado tener un trabajo que genere los ingresos suficientes para poder independizarse y, el hecho de convivir con los progenitores se alarga hasta bien pasados los veinticinco años. Sobre esta edad es cuando podemos encontrar un trabajo más estable, acorde al nivel de estudios que se elija y así poco a poco emprender una nueva vida y conseguir la independencia económica tan añorada.

En el artículo 39.3 de la Constitución Española hace referencia a los progenitores el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

A destacar el principio *favor filii* en relación con el art. 96 del CC que atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y al progenitor en cuya compañía queden. La discusión que se genera versa sobre si esta actuación de

protección sobre el menor se extiende al hijo mayor de edad, de modo que el menor al cumplir su mayoría de edad, no se viera perjudicado del Derecho de seguir aprovechando la vivienda familiar. Nos da a entender que la mayoría de edad del hijo no resulta un factor determinante para la posible adjudicación del uso de la vivienda familiar, mientras tanto, quedan protegidos con la prestación alimenticia y de habitación. Lo que resulta evidente es que el derecho de uso atribuido a los menores de edad y al progenitor custodiado no se extiende más allá de la mayoría de edad de estos, pues solamente se tendrá en cuenta el interés más necesitado de protección entre los cónyuges.

La jurisprudencia en la STS de 17 de Marzo de 2016 [ROJ:1162/2016] nos expresa que *“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 otra sentencia, cumplido el plazo de mayoría de edad de los hijos, se genera la extinción del derecho de uso haciéndose efectiva mediante el correspondiente desahucio por precario, en la SAP Asturias de 24 de febrero de 24 de febrero de 2011 [338/2011] en un caso de desahucio por precario de los padres contra sus propios hijos alcanzada por éstos la mayoría de edad.

La STS de 25 de septiembre de 2019 [ROJ: 9626/2019], la cual establece que se adoptó la medida de atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa por un plazo de tres años, hasta que los hijos menores que había en el

matrimonio pudiesen sustentarse económicamente. Ahora bien, ambos hijos alcanzaron la mayoría de edad, y el esposo puso de manifiesto la extinción del derecho de uso de la vivienda. Así pues, se resuelve, a favor de la extinción del derecho de uso, porque habiendo pactado en su día los cónyuges que el uso lo fuera para los hijos menores que permanecerían con su madre, hasta que aquellos fueran autónomos económicamente, y siendo la vivienda privativa del esposo, definitivamente se procedió a la extinción de dicha causa, es decir, del uso de la vivienda por parte de la mujer y los hijos.

Volviendo a la doctrina, hay que destacar que, se fija que la mayoría de edad y el cese automático de la patria potestad no conlleva la extinción del derecho de uso de la vivienda otorgado por sentencia³³. Entendemos que, el hecho de que el menor de edad cumpla la mayoría de edad no implica la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar mientras haya convivencia, pero en el momento en que se produzca el cese de la convivencia sí quedaría extinguido el derecho de uso de la vivienda dejando en igualdad de condiciones a los dos cónyuges ante este derecho.

D) LIMITACIÓN TEMPORAL

La atribución de la vivienda tendrá un carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

Cabe mencionar que la atribución del uso de la vivienda familiar tiene similar fundamento que la pensión de alimentos dura hasta que los hijos del matrimonio se pudieran sustentar económicamente, pero con los años ha ido cambiando. Parte de la doctrina defiende la atribución del derecho de uso a los menores hasta que alcancen la mayoría de edad. La limitación temporal pertenece a las

³³ GONZÁLEZ COLOMA, G. (2015). *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución de la vivienda familiar*, Dykinson, Madrid p.242.

medidas establecidas en la demanda del divorcio. Puede darse el caso que sea de mutuo acuerdo o de forma contenciosa, decidiéndose por la autoridad judicial. Sin embargo, en el art. 96 del CC no se establece la temporalidad del derecho de uso de la vivienda de forma expresa. Así pues, aunque no establezca dicha limitación temporal del derecho de uso como regla general, en su apartado tercero se establece una excepción, puesto que su duración depende del momento en que los hijos menores en el matrimonio alcancen la mayoría de edad, siempre que este derecho haya sido atribuido por dicha minoría de edad o por falta de sustento económico por parte de los hijos.

Respecto a la temporalidad del derecho de uso, si la vivienda es propiedad de uno de los cónyuges y el juez decide atribuírsela al cónyuge más necesitado, sin que sea el titular de la vivienda, se entiende que, *“dicha medida no puede extenderse en el tiempo ilimitadamente por su naturaleza gravosa para el que es titular”*³⁴. Pero si se atribuyó el derecho de uso de la vivienda en interés de protección del menor, la atribución se considerará finalizada cuando los hijos tengan independencia económicamente y sean mayores de edad. Cuando el matrimonio no tenga hijos, y la atribución del derecho de uso, el juez la hubiese otorgado (cómo más necesitado de protección) al cónyuge no titular de la vivienda, la sentencia deberá aclarar cuál es el límite temporal del derecho de uso de esta ex art. 96 del CC.

El artículo 96, dice la jurisprudencia del TS de 29 de mayo de 2014, sala de lo civil, sección 1ª [RJ 3889/2014], *“no prohíbe efectuar limitaciones temporales y estas pueden estar justificadas cuando tienen por objeto adaptar la situación patrimonial de la familia a sus nuevas circunstancias económicas a fin de compatibilizar los intereses de los menores con los de sus progenitores, que es en definitiva lo que se preconiza en el art. 96 del Código Civil”*. Respecto a lo establecido en la sentencia, se atribuía el uso de la vivienda familiar al menor y a la esposa, a quien le correspondió la custodia del menor, estableciéndole un límite temporal de derecho de uso hasta la liquidación de la sociedad de

³⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). “Comentarios del artículo 96 del Código Civil” en *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1000-1016.

gananciales, con un límite máximo de tres años. Esta situación debe tenerse en cuenta que mayoritariamente se produce en casos donde no hay hijos y se establece un máximo límite temporal al derecho de uso cuando la atribución pertenece al cónyuge no titular de la vivienda y ese límite viene señalado por la efectiva liquidación de la sociedad conyugal.

Por otra parte, siempre que, en caso de hijos menores, se atribuya el derecho de uso de la vivienda al cónyuge que conviva con ellos, y no sea titular de la misma, se establecerá la extinción del derecho cuando el hijo cumpla la mayoría de edad y posea una estabilidad económica. Así mismo, en algunas resoluciones judiciales³⁵ se fija como plazo una determinada edad de los hijos, frecuentemente los 25 años, como una referencia máxima temporal del derecho de uso. Además, en caso de existencia de hijos menores, no cabe la posible limitación del uso de la vivienda por regla general, salvo que el juez dictamine lo contrario, porque se estaría infringiendo la protección del menor.

Consecuencia de lo cual es la siguiente doctrina, recogida en la STS de 9 de septiembre de 2019 [ROJ: 10356/2019]: *La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 del CC*", quedando recogido este argumento en diferentes sentencias, todas ellas dictadas en recursos de casación procedentes de la misma audiencia. (STS 221/2011, 1 de abril; STS 181/2014, 3 de abril; STS 301/2014, de 29 de mayo; STS 297/2014, 2 de junio; STS 660/2014, de 28 de noviembre; STS 282/2015, de 18 de mayo).

De este modo, cuando existan hijos menores en el matrimonio, la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular que no es propietario de la misma, viene determinada por el cese de la guarda y custodia de los hijos menores, que se produce, por regla general, cuando estos adquieren

³⁵ GONZÁLEZ COLOMA, G. (2015). *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución de la vivienda familiar*, Dykinson, Madrid, P.60

la mayoría de edad³⁶, debiéndose valorar en ese momento quién de los dos cónyuges se encuentra en un interés de necesidad mayor sobre el uso de la vivienda familiar, es decir, cuando alcancen la mayoría de edad se deberá valorar otra vez las circunstancias de los cónyuges.

4.2 SITUACIONES RELATIVAS A LA TITULARIDAD DE LA VIVIENDA

Cuando un matrimonio decide separarse y empezar los trámites del divorcio, la convivencia en la vivienda familiar se puede volver complicada de sobrellevar. Por eso, principalmente, tras la separación es necesario resolver, quién de los cónyuges permanecerá en la residencia, la cual es la vivienda familiar que compartían hasta el momento. Como sabemos, si existe mutuo acuerdo, ambos cónyuges acordarán en el convenio regulador a cuál de ellos le corresponderá la atribución del derecho de uso de la vivienda. Sin embargo, en defecto de acuerdo, se tramitará por vía contenciosa, decidiendo el juez a cuál de ellos se le atribuirá ese derecho, teniendo en cuenta las circunstancias personales y económicas.

En estos casos, cuando existe un propietario único de la vivienda, en caso de no ser él el cónyuge al que se atribuyó el derecho de uso, se verá obligado a abandonar su vivienda y, además, tendrá prohibido la venta del inmueble, si no hay acuerdo con la otra parte, que tiene el derecho de uso sobre la vivienda.

A) PROPIEDAD CONJUNTA DE AMBOS CÓNYUGES

Posiblemente, como sabemos, la titularidad de la vivienda familiar corresponde a los cónyuges, pudiendo tratarse de un bien ganancial o porque los dos tenga propiedad de esta. En este caso, la jurisprudencia se ha inclinado por adoptar que el derecho de uso de la vivienda familiar prevalece ante el

³⁶ GONZÁLEZ COLOMA, G. (2015). *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución de la vivienda familiar*, Dykinson, Madrid p.150.

derecho de propiedad de la vivienda, con mera independencia de quien sea el titular de esta, sin tener en cuenta el régimen en el que actúen ambos cónyuges.

De modo que, la jurisprudencia entiende que, sin importar la titularidad, la ley otorga la atribución del derecho de uso en función de los criterios particulares de cada crisis matrimonial, como son la existencia de hijos o no habiendo hijos y el interés más necesitado de protección. Pues se deduce que el derecho de uso de la vivienda apropiado por el progenitor y sus hijos mediante la resolución judicial o convenio regulador es más relevante que el derecho de propiedad de la persona titular.

B) PROPIEDAD INDIVIDUAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Como hemos adelantado, es posible que la vivienda familiar sea propiedad de uno de los cónyuges, ya sea por haberla adquirido tras la liquidación de los bienes gananciales o por un bien privativo.

En los supuestos de divorcio con hijos, perteneciendo la propiedad exclusiva de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, el juez tendrá que evaluar las circunstancias concretas de cada uno de ellos, para poder atribuirles el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar. En cambio, siendo la vivienda un bien ganancial, como mencionábamos anteriormente, se establecería un periodo de liquidación, y así podrán convenir quién de los dos se queda con la vivienda familiar.

Se puede encontrar el caso de que ambos cónyuges estén en la misma situación económica. En este supuesto, los Tribunales atribuirán el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge propietario de la vivienda familiar, teniendo el otro cónyuge que abandonar la vivienda y disponer de un inmueble para poder convivir con los hijos durante el tiempo de custodia, y en caso de ser esta compartida.

Sin embargo, en el supuesto de que el cónyuge no titular de la vivienda no tenga otro inmueble donde residir y además no tenga medios suficientes para obtenerlo, se le atribuirá el derecho de uso y disfrute sobre la vivienda familiar por ser en este caso el interés más necesitado de protección.

Cabe destacar que este derecho y disfrute de la vivienda se puede ver limitado temporalmente (art. 96.3 CC). Para ello, los Tribunales deberán analizar el tiempo que el otro cónyuge, al cual se le ha atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, necesite para poder encontrar otro lugar de residencia o mejorar su nivel económico. Y en base a esto, el juez se verá obligado a determinar el plazo temporal de disfrute de la vivienda para rehacer su vida acompañada de los hijos en caso de haberlos.

El Tribunal Supremo ha ido limitando en algunos casos, mayoritariamente en matrimonios sin hijos o con hijos mayores de edad, el uso y disfrute de la vivienda familiar por parte del cónyuge no titular de la misma. En este caso la STS de 15 de julio de 2013, [ROJ: 2122/2013] estima procedente establecer, *“En cuanto a la esposa no su extinción en estos momentos, que consideramos prematuro, pero sí una limitación temporal de uso, de dos años desde el dictado de la presente resolución, al considerar que es el interés más necesitado de protección, y tiene a su disponibilidad dos viviendas en otro municipio”*. Los Tribunales, en los casos de guarda y custodia de los menores, tiene consideración primordial sobre, la máxima protección del menor en el matrimonio, y a su vez, el derecho que se le atribuye al cónyuge propietario de la vivienda familiar.

Así pues, tras haber citado este precepto, podemos aclarar que se establece como regla general por los tribunales, que el derecho de uso en muchas ocasiones vence al de propiedad, a esto nos referimos cuando hay existencia de hijos en el matrimonio. De modo que, se le da importancia a la protección del menor. Por último, cabe destacar que en caso de que el cónyuge titular de la vivienda familiar se viera obligado a tener que abandonar la vivienda, y él mismo se negara a hacerlo, habiéndosele extinguido el derecho de uso, se procedería

a unas medidas forzosas, como es la expulsión del cónyuge a través de la demanda de ejecución de sentencia, reclamándole una indemnización de daños y perjuicios debiendo ser estos cuantificados.

C) PROPIEDAD DE TERCERAS PERSONAS

Otro de los supuestos importantes y que está teniendo mayor presencia en la actualidad es la posibilidad de que la vivienda familiar no sea propiedad de ninguno de los cónyuges, sino de un tercero tras la crisis matrimonial, cuando anteriormente la vivienda familiar pertenecía a ambos cónyuges, pero hasta la cesión de la vivienda al tercero el derecho de uso es de uno de los cónyuges.

En el caso que, tras la nulidad, separación o divorcio, a uno de los cónyuges se le atribuya el derecho de uso de la vivienda mediante la resolución judicial por ser el progenitor responsable de la custodia de los menores existentes en el matrimonio, pero siendo propietarios de la vivienda familiar desde un primer momento ambos cónyuges, pero el cónyuge no beneficiario del derecho de uso de la vivienda decide hacer la liquidación de la sociedad de bienes gananciales y posible venta futura de la vivienda. En este caso, la vivienda familiar es cedida tras la venta (de mutuo acuerdo entre los cónyuges) a un tercero haciéndole propietario de la vivienda familiar prevaleciendo ante el derecho de uso que recae sobre el cónyuge custodio siempre que no esté registrado ese derecho de uso en el Registro de la Propiedad, puesto que ese tercero ha adquirido de buena fe la propiedad del bien (art. 34 de la Ley Hipotecaria).

A diferencia existe un sector de la jurisprudencia que mantiene que, el derecho del cónyuge titular del uso es oponible a los terceros que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división en la sentencia del TS de Madrid de 28 de marzo de 2003 [2152/2003]. Por consiguiente, a ser posible se intenta garantizar la continuidad del derecho de uso que se le atribuyó al cónyuge custodio y a los hijos a su cargo, a pesar de dicha liquidación y venta de la vivienda familiar.

Existe la posibilidad que la propiedad sea de un tercero pero que este, determine necesario con una limitación temporal la atribución del uso y disfrute del inmueble al cónyuge el cual tiene todavía el derecho de uso de la vivienda, mientras tanto, lo que conocemos como precario o llegar a la decisión de ser una vivienda arrendada, como comentaremos a continuación.

Otro supuesto a destacar es que un tercero haya permitido a los cónyuges usar de forma gratuita una vivienda propiedad de este, sin ninguno contraprestación. Las controversias aparecen cuando tras la separación, nulidad o divorcio del matrimonio el juez mediante una resolución judicial decide atribuirle el derecho de uso de la vivienda al cónyuge custodio y a los hijos que están a su cargo, quedando otro cónyuge sin uso, cuyo familiar de este fue el que en su momento cedió el inmueble, pero siempre siendo el tercero propietario de la vivienda, pudiendo reclamar el derecho de uso al cónyuge custodio, a través de un desahucio por precario.

D) OTROS TÍTULOS: ALQUILERES, USUFRUCTO...

Tras la introducción de la nueva Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, se subsanó la controversia que existía en la nulidad, separación y divorcio del matrimonio y los problemas que aparecían con el derecho de uso de la vivienda familiar.

Del mismo modo, el artículo 15 de LAU contempla que, tras la crisis matrimonial como es en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación como puede ser en el convenio regulador. El cónyuge a quien se le haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato. De hecho, el cónyuge podrá

seguir viviendo en la vivienda con independencia de que no sea el arrendatario, por el tiempo que se hubiese acordado.

Se permite la subrogación del cónyuge, siempre y cuando, se cumplan los requisitos establecidos en su párrafo segundo, esto es, la comunicación al arrendador por parte del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución o de la parte de esta que afecte al uso de la vivienda.

Según la jurisprudencia, en la SAP Barcelona de 16 de mayo de 2019 [405/2019] hay que aclarar que *“la ausencia de comunicación de la subrogación por atribución de uso no constituye un incumplimiento contractual grave y no conlleva la resolución del contrato, pues no supone un incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato”*. De modo que, hay que destacar que en caso de que exista la subrogación o no, una solución que se quiere conseguir es que el cónyuge y cuyos hijos queden a su cargo beneficiarios del derecho de uso de la vivienda familiar, se pueda aprobar este derecho con independencia de la titularidad del contrato de arrendamiento.

Por otro lado, no hay que confundir el derecho de uso en relación con el derecho de usufructo. En un proceso de divorcio, el derecho de uso que se le concede al cónyuge beneficiario queda limitado, imponiéndole el posible arrendamiento y vivir en otro sitio, ya que, si no estaríamos hablando de un usufructo, quedando definido este precepto en el art. 467 del CC.

La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas ha modificado el art. 15.1 LAU aclarando que el cónyuge al que se le haya atribuido el uso de la vivienda pasará a ser titular del contrato por el plazo que reste por cumplir. Se puede interpretar que, en el supuesto que el uso se ha concedido por un límite temporal inferior al tiempo que reste por cumplir, se entiende que el cónyuge usuario podrá utilizar el inmueble,

pero no se produce cambio en la titularidad del contrato, ya que, el cónyuge no usuario podrá volver a habitar el inmueble³⁷.

³⁷ CUENA CASAS, M. (2017). *El régimen jurídico de la vivienda familiar*. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra pp. 287-492. Cap. II.

5 EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO

5.1 ADJUDICACIÓN EN PLENA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA A UNO DE LOS CÓNYUGES

Ante la nulidad, separación o divorcio, un cónyuge del matrimonio podría quedarse con la vivienda familiar, teniendo que compensar al cónyuge no beneficiario. Así pues, quedaría extinguido el derecho de uso sobre la vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges, ya que, quedaría en plena propiedad de uso de uno solamente.

Habitualmente se queda el uso la persona a la que se le atribuye la custodia de los hijos menores. En el supuesto que la custodia sea compartida, se suele quedar el uso aquel progenitor que tenga menos medios económicos para acceder a otra vivienda, es decir, el más necesitado de protección.

En caso de que el matrimonio se celebrara bajo el régimen de bienes gananciales, han de proceder las partes a la liquidación de la sociedad económico-matrimonial incluida la liquidación de la vivienda familiar para poder adjudicar la vivienda a uno de los cónyuges. El CC en su artículo 1392 aclara que *la sociedad de bienes gananciales concluirá de pleno derecho o ipso iure:*

- *Tras la disolución del matrimonio.*
- *Cuando quede declarado nulo.*
- *Cuando se acuerde la separación legal de los conyugues.*
- *Cuando acuerden otro régimen distinto.*

Todas estas situaciones provocan una disolución automática del Régimen Económico Matrimonial (REM). En el momento de la disolución cabe iniciar el procedimiento de liquidación.

Cuando la sociedad de bienes gananciales se disuelva por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe, podrá el

otro cónyuge optar por la liquidación del régimen matrimonial dejando al contrayente de mala fe sin derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte, (art. 95 CC). Así, una vez disuelta la sociedad, se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad (art. 1396 CC).

La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

En relación con la compensación al copropietario de la vivienda por parte del cónyuge beneficiario del derecho de uso de la vivienda, en el momento de la disolución del matrimonio, o mejor dicho de la disolución del REM, nace un derecho de compensación o de crédito para el cónyuge que su beneficio ha sido menor durante el matrimonio. Se debe tener en cuenta las diferentes etapas, el matrimonio inicial y el matrimonio final para ver si alguien de los cónyuges ha tenido un incremento en su matrimonio a causa de una mejor situación laboral, alguna herencia familiar etc., y establecer la compensación de manera igualitaria.

Como este régimen económico-matrimonial suele ser pactado de forma voluntaria por ambos cónyuges, en las capitulaciones matrimoniales ya que se pueden pactar otros porcentajes o normas de compensación si ambos cónyuges están de acuerdo. Pero a ser posible, han de ser las mismas para los dos cónyuges por el principio de igualdad. Si no la cláusula será nula y se aplicarán las normas del CC en su artículo 1195 y ss.

Cabe destacar que, en el supuesto de que todavía después de la nulidad, separación y divorcio no se haya procedido a la liquidación de los bienes gananciales, no podrá obligarse al cónyuge no beneficiario a que abandone la vivienda, ya que es también propietario de esta, teniendo el derecho de forma igualitaria al otro cónyuge beneficiario.

Como sabemos, si ante esta situación ambos cónyuges estuviesen en desacuerdo y en el matrimonio hubiese hijos en común, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso que hubiera en ella, querían a disposición de los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

En resumen, la adquisición de la totalidad de la vivienda por uno de los cónyuges se formalizará al disolver y liquidar la sociedad de gananciales y adjudicársela en su totalidad a dicho cónyuge. Esto lógicamente produce un desequilibrio, denominado exceso de adjudicación, que requiere la compensación al cónyuge perjudicado o no adjudicatario de la propiedad de la vivienda.

5.2 TRANSMISIÓN A TERCEROS DE LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA

El Artículo 400 del Código Civil establece que ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad y que, por lo tanto, cualquiera de ellos puede pedir la división.

Es cierto, que cabe que el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuyera al cónyuge en la sentencia judicial en su momento, pero tras la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, cabe la posibilidad de que ambos deseen transmitir la vivienda a terceras personas y distribuir entre ellos el producto de la venta del inmueble.

Normalmente, la vivienda familiar en caso de haber hijos se atribuye al cónyuge sobre el que recaiga la custodia de los hijos menores hasta su mayoría de edad o en caso de no haberlos, al interés más necesitado de protección en el matrimonio.

Así pues, las personas que ocupan la vivienda familiar por atribución judicial no pueden ser desalojadas mientras persistan las circunstancias tomadas en consideración para la atribución de su uso³⁸.

Una solución alternativa en estas situaciones es la venta del inmueble, cuando ninguno de los dos cónyuges quiere quedarse con la vivienda, mediante una pública subasta judicial, debiendo respetarse el uso de la vivienda familiar y haciendo un reparto equitativo de los ingresos obtenidos.

Esta alternativa a veces se vuelve un poco complicada porque posiblemente nadie quiera hacer una inversión en una vivienda la cual no va a poder usar, de forma inmediata, por la existencia de un derecho de uso que se estableció en la sentencia judicial en su momento³⁹.

En este sentido podemos citar la STS de 28 de marzo de 2003 [ROJ: 314/2003] que le dio la razón al exmarido en su demanda, en la que solicitaba la división de la vivienda. A falta de acuerdo entre los excónyuges en la adjudicación a uno de ellos, el tribunal autorizó la venta de esta en pública subasta, con reparto del precio, y sin perjuicio del derecho a su uso y ocupación por parte de la exesposa.

En espera de que la venta se produzca, ambos copropietarios tienen que hacer frente a los gastos que genere el inmueble.

5.3 DISPONIBILIDAD SOBREVENIDA DEL USO O PROPIEDAD SOBRE OTRA VIVIENDA

El derecho de uso de la vivienda también se puede extinguir por una circunstancia sobrevenida al cónyuge que fue beneficiario del uso de la vivienda

³⁸ <https://www.elabogadoencasa.com/es-posible-la-venta-de-la-vivienda-familiar-tras-proceso-de-divorcio/> [Consulta: 23 de abril de 2020].

³⁹ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/14776-quiero-vender-nuestra-casa-pero-mi-ex-tiene-el-uso-iquiest-puedo-hacerlo/> [consulta 25 abril 2020].

familiar o por ser el más necesitado de protección o quedarse con la custodia de los hijos en caso de haberlos.

A la hora de atribuir el derecho de uso a favor de uno u otro de los cónyuges, se tienen en cuenta todas las circunstancias (personales, patrimoniales, familiares...) que afectan a los mismos. Así pues, tras un periodo de tiempo, tales circunstancias se pueden ver alteradas, beneficiando al cónyuge que no fue adjudicatario de la vivienda familiar por ser el interés actualmente más necesitado de protección.

Si después de dictarse sentencia o el otorgamiento de escritura pública de separación o divorcio, se produce una mejora de las circunstancias económicas del adjudicatario custodio de los hijos en su momento, que tiene el derecho de uso sobre la vivienda familiar, no sería una causa suficiente para modificar dicho uso de la vivienda ya que los hijos continuarían viviendo en la misma⁴⁰, pero sí se establecería una modificación de la pensión compensatoria económica a cargo del cónyuge no beneficiario del uso, incluso llegando a la extinción de la misma.

Otro supuesto de mejora en la situación económica del cónyuge beneficiario de la vivienda es por causa de una herencia, donación... Pero como el uso de la vivienda fue atribuido en su momento a los hijos en cuya compañía quedan, tampoco se vería afectado el progenitor mientras sigan habitando en la vivienda familiar, salvo la excepción en que los hijos decidan abandonar la vivienda.

La jurisprudencia del TS en su sentencia de 9 de septiembre de 2019 [ROJ: 10333/2019], considera que *“de manera afirmativa se aprecia una alteración sustancial de las circunstancias valoradas en la sentencia de divorcio, por cuanto se atribuyó el uso de la vivienda a la madre e hijas en atención a su residencia en el mismo, y dicho domicilio familiar se encontraba desocupado, salvo en periodos de vacaciones, y el padre se veía obligado a alquilar un piso en la*

⁴⁰ GONZÁLEZ COLOMA, G. (2015). *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución de la vivienda familiar*, Dykinson, Madrid p. 240.

misma localidad, donde trabaja; destaca el carácter abusivo de la petición de la madre”.

Para estos supuestos, se tendrá que acreditar que después de haberse dictado sentencia de separación, divorcio o nulidad, el surgimiento de circunstancias que han alterado sustancialmente las medidas que se adoptaron en su momento provocando la necesidad de una modificación de tales medidas.

5.4 CONVIVENCIA CON NUEVA PAREJA

La atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar es una de las cuestiones que genera más disputas entre los matrimonios, ya que una vivienda es un bien material muy valioso para la familia.

Los problemas que conlleva la atribución de la vivienda no se limitan solo al momento de la ruptura; posteriormente pueden producirse ciertas circunstancias que posiblemente puedan causar una modificación de la atribución del derecho de uso de la vivienda.

En la sentencia con fecha 20 de noviembre de 2018 [ROJ: 315910/2018], se estableció la primera doctrina por parte de Tribunal Supremo sobre esta circunstancia, ya que anteriormente no se había pronunciado acerca de los efectos que produce en el derecho de uso sobre la vivienda familiar el hecho que, el cónyuge, al cual se le haya atribuido el uso junto con sus hijos, comience a convivir con una nueva pareja en lo que había sido el domicilio familiar⁴¹.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo establece que la convivencia con una nueva pareja por parte del cónyuge al que se le atribuyó el derecho de uso de la

⁴¹ CALVO MARTÍNEZ, J. (2019). “Revista de Derecho Civil”. Vol. VI, núm.3 (julio-septiembre), Ensayos, pp. 156. Pag web: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/issue/view/42> [Consulta: 15 de abril de 2020].

vivienda constituye una causa de extinción del derecho de uso. Así pues, se basa en dos argumentos fundamentales.

El primero de ellos, el Tribunal Supremo considera en varias sentencias que la introducción de un tercero en la vivienda conlleva la pérdida de la condición de vivienda familiar como consecuencia de la entrada en la misma de otra persona ajena a la familia, se dice que *“cambia el estatus del domicilio familiar”*, y por otro lado, argumenta que cabe la posibilidad de que el derecho de habitación del menor sea satisfecho a través de otros medios distintos de la atribución de uso de la vivienda familiar.

La STS de 29 de septiembre de 2019 [ROJ: 3489/2019] estima que *“el derecho de uso queda extinguido por la introducción de una tercera persona en la vivienda familiar haciendo perder a la vivienda su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente”*.

En el presente caso, este carácter de vivienda familiar ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. Debemos declarar que, la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser vivienda familiar.

Otra sentencia que aclara la discrepancia en cuanto a la vivienda por nueva convivencia, la SAP de Pamplona de 03 de septiembre de 2006 [ROJ: 693/2006], muestra *“como nuevas circunstancias que suponen una alteración sustancial de las existentes y que justifican la decisión adoptada (la extinción del derecho de la esposa), la convivencia en el domicilio familiar de una tercera persona”*.

En esta situación, el actual compañero sentimental de la esposa que convive en la vivienda y tiene a su disposición la disponibilidad de otra vivienda, pudiendo adjudicarle la vivienda actual del matrimonio al esposo.

Cabe destacar que la doctrina establece que el fundamento del art. 96.1 del CC es la protección del interés de los hijos en disponer de una vivienda donde

puedan satisfacer todas las necesidades en el mismo lugar donde las hacían antes de la ruptura matrimonial de sus progenitores.

Cuando se acredita la convivencia con un tercero en la vivienda familiar por el adjudicatario del derecho de uso, se puede aclarar la extinción del mismo al entender por el TS que la unidad familiar a la cual se le hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición⁴², dando lugar a una nueva unidad familiar, modificando la que había anteriormente en la vivienda, establece el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada anteriormente con fecha 20 de noviembre de 2018 [ROJ: 2018/315910]⁴³.

Un supuesto típico que se comenta en el art. 96.3 del CC, es que el cónyuge beneficiario del derecho de uso sea el de interés más necesitado de protección y no existan hijos entre el matrimonio o no haya hijos menores de edad que dependan económicamente de ellos; es decir, si existen y son mayores de edad que no dependan económicamente de los progenitores, en estos casos, se fija un periodo de tiempo límite sobre el derecho de uso de la vivienda familiar.

La cuestión suscitada no versa sobre la libertad de cada individuo de tener las relaciones que quiera o pueda, no se cuestiona esa libertad, lo que se cuestiona es que esa libertad se utilice en perjuicio de otros.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo que viene a fallar en la Sentencia con fecha 20 de noviembre de 2016 [ROJ: 641/2018], es que el progenitor que tiene atribuido el uso de la vivienda tiene libertad para entablar una nueva relación, pero esa nueva relación no puede ser a costa o en perjuicio del otro progenitor.

El interés superior del menor no puede restringir o limitar más derechos que los que ampara y, lo que es más importante, las decisiones y medidas adoptadas

⁴² GONZÁLEZ COLOMA, G. (2015). *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución de la vivienda familiar*, Dykinson, Madrid P.235

⁴³ CALVO MARTÍNEZ, J. (2019). "Revista de Derecho Civil", Vol. VI, núm.3 (julio-septiembre), pp. 160. <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/issue/view/42>. [Consulta: 15 de abril de 2020].

en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas.

En el momento en el que en la vivienda familiar entra una tercera persona (la pareja de quien tiene atribuido el uso), el carácter de vivienda familiar desaparece, ya que pierde su naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente, a la que obviamente el progenitor no custodio no tiene obligación de mantener.

Cuando la vivienda pierde el carácter de domicilio familiar por dejar de servir a los fines que determinaron la atribución del uso y disfrute, se debe extinguir dicha atribución del uso y disfrute, sin que ello suponga un atentado al interés superior del menor. Consecuencia de ello, cuando la vivienda pierde el carácter de domicilio familiar por dejar de servir a los fines que determinaron la atribución del uso y disfrute, se debe extinguir dicha atribución del uso y disfrute.

Otra medida que puede acordarse en este sentido es la reducción de la pensión de alimentos cuando el excónyuge que tiene atribuido el uso y disfrute de la vivienda convive con una nueva pareja, ya que, se entiende que debe contribuir a los gastos de la familia que han formado.

De modo que, entendemos que cuando el cónyuge beneficiario del derecho de uso de la vivienda haya contraído un nuevo matrimonio o mera convivencia con una nueva pareja y constituyan su vida en lo que fue el domicilio familiar, es causa de la extinción del derecho de uso.

6. CONCLUSIONES

En este trabajo se han analizado los diferentes criterios que han tenido en cuenta los tribunales para determinar la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar o conyugal tras la crisis matrimonial, considerando las diferentes situaciones relativas a la familia y a la titularidad de la vivienda. A raíz de este análisis las diferentes conclusiones que hemos alcanzado son las siguientes:

Primera: La vivienda ha sido, es y será objeto de discusión en muchos aspectos, pero principalmente en el momento de la atribución del derecho de uso en caso de crisis matrimonial, principalmente cuando existan hijos menores. A estos efectos, el Código Civil recoge una definición muy ambigua de *vivienda familiar*, por lo que tenemos que recurrir a la jurisprudencia para poder establecer su significado más exacto y averiguar la aquella vivienda que sea habitual para la familia, *sin incluir las denominadas viviendas de temporada o segundas residencias usadas por la familia en periodos vacacionales o fines de semana*. Además, en la práctica, existe controversia a la hora de atribuir el derecho de uso de la vivienda, pues se pueden considerar incluidos espacios anexos como trastero o garajes.

Segunda: Centrándonos en la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, puede establecerse a través de dos vías diferentes: mediante resolución judicial o por convenio regulador. En los supuestos de separación, nulidad y divorcio de mutuo acuerdo entre los cónyuges, se establecerá en el convenio regulador, y en la medida de lo posible, las decisiones tomadas por ambos en relación con el inmueble. En cambio, cuando se trate de un divorcio contencioso, en este caso será el juez quien decida quién es el beneficiario de la atribución de la vivienda familiar, siempre teniendo en cuenta los criterios establecido en el artículo 96 del CC y como principal si existen hijos menores o no en el matrimonio.

Tercera: Siguiendo con el artículo 96 del CC, el primer criterio que hay que tener en cuenta para la atribución de la vivienda familiar, es la protección de los

menores en caso de haberlos, pues en su primer párrafo dispone que, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, el uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuarta: En el caso de que alguno de los hijos quede en compañía de uno de los progenitores y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo que estime procedente. Este es el segundo criterio establecido en el artículo 96 del CC. También se tendrá en cuenta el interés más necesitado de protección en las diferentes circunstancias, tanto del menor como de sus progenitores, regulado en el art. 96.3. De este modo, se tendrá en cuenta las circunstancias personales y socioeconómicas de ambos cónyuges, así pues, en la mayoría de las ocasiones la atribución del derecho de uso de la vivienda quedará establecido al más desfavorecido con la finalidad de protegerlo.

Quinta: Una vez producida la crisis matrimonial, a falta de hijos, como criterio general podrá fijarse el uso de la vivienda a favor del cónyuge no titular, siempre que, entre ambos cónyuges, su interés fuera el más necesitado de protección. Este mismo criterio se aplica cuando en el matrimonio existen hijos mayores de edad independientes económicamente, aunque hay que destacar que no son tenidos en cuenta por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. Algunas de las sentencias recogidas señalan que *“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”*. Pensamos que es preciso tener presente que el interés más necesitado de protección no debería establecerse como exclusivo y en todo caso atender a los hijos menores de edad.

Sexta: También hay que destacar el límite temporal al que puede estar sometido el derecho de uso de la vivienda familiar. En este caso, la jurisprudencia diferencia varias vías de aplicación según el caso que se ha tenido que dilucidar, estableciendo un plazo determinado o no. El caso más habitual implica que, tras la crisis matrimonial, se atribuye la vivienda familiar al hijo menor y al progenitor custodio, estableciendo el límite temporal en la mayoría de edad del menor.

Séptima: En caso de ser la vivienda de ambos o propiedad conjunta, el origen de su atribución vendrá establecido por las diferentes situaciones de los titulares del inmueble, principalmente por la existencia de hijos, y en segundo término por el interés más necesitado de protección.

Octava: En último lugar, los tribunales han resuelto la extinción del derecho de uso de la vivienda por la convivencia del titular del derecho de uso con una nueva pareja. La razón de ser obedece a la pérdida de su naturaleza como vivienda familiar y por dejar de servir a los fines que determinaron la atribución del uso y disfrute de esta.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL SAMPER, T. (2013). *La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Madrid.

CALVO MARTÍNEZ, J. (2019). “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero”, en *Revista de Derecho Civil*. núm. 3, págs.,155-178. <<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>>. [Consulta: 6 de marzo de 2020].

CALVO MARTÍNEZ, J. (2019). “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.VI,núm.3(julio-septiembre). <<https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/422/360>.> [Consulta: 15 de abril de 2020].

CARRERAS MARAÑA, J.M. (2009). “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar”, en *Derecho Inmobiliario: problemática actual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Tomo I.

CHAPARRO MATAMOROS, P (2018). “Su atribución judicial en los supuestos de crisis matrimonial”; en *Derecho de uso y vivienda*. Tirant lo Blanch, Valencia.

COY FERRER, A. (2012). “La separación en los procesos de separación y divorcio”, *Apuntes de psicología*, Vol. 30.

CUENA CASAS, M. (2014). “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario” en *Revista de Derecho Civil*. núm. 2, Vol. I, págs., 9-39. <<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>>. [Consulta: 3 de abril de 2020].

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). “Comentarios del artículo 96 del Código Civil”, en *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (2006). *Sistema de derecho civil*. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Tecnos, Madrid, Vol. IV.

GARCÍA PRESAS, I. (2019). *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Reus, Madrid.

GONZÁLEZ COLOMA, G. (2015). *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución de la vivienda familiar*, Dykinson, Madrid.

HERRERO ROMERO, P. (2006). “La mediación en los procesos de separación y divorcio. Aportaciones sistemáticas”, *Escuela Vasco Navarra de Terapia Familiar*.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2009). *Elementos de Derecho Civil*. Derechos Reales. Dykinson, Madrid, Tomo III, Vol.2.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. y otros. (2005). *Elementos de derecho civil*. Familia, Dykinson, Madrid, Tomo IV.

LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2016). *Convivencia de padres e hijos mayores de edad*, Reus, Madrid.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (1997). *Principios de derecho civil*, Derecho de familia, Trvium, Madrid, Tomo IV.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2006). “El régimen económico-patrimonial” en *Principios de Derecho civil*. Derecho de familia, Marcial Pons, Madrid.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2006). *Principios de derecho civil*, Derecho de familia, Marcial Pons, Barcelona, Tomo VI.

LEFEBVRE, F. (2017). *Vivienda Familiar y cargas del Matrimonio*. Derecho de familia. Madrid.

LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALSAMEDA, O., CAZORLA GONZALEZ, M.J., GUITIÉRREZ BARRENENGOA, A. y PÉREZ VALLEJO, A. (2002). “*Familia*”, en *Sistema de Derecho Civil*. Dykinson, Madrid.

LUQUE JIMÉNEZ, M^a.C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

MARTÍN MELÉNDEZ, M^a.T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (ART. 96, P. 1,2 Y CC)*, Aranzadi, Navarra.

RAGEL SÁNCHEZ, L. (2003). *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, Reus, Madrid.

SALAS CARCELLER, A. y LÓPEZ SENDÓN, M. (2019). *Atribución de la vivienda familiar. Paso a paso*. Colex, A Coruña.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. (2005). “La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio”, *Anales de Derecho*, núm. 23.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2002). *Los hijos menores de edad en situaciones de crisis familiar*, Dykinson, Madrid.

WEBGRAFÍA

CUENA CASAS, M. (2018). “La doctrina del TS sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero ¿Justicia a costa de legalidad?”, *Hay derecho por una conciencia cívica*. <<https://hayderecho.expansion.com/2018/12/09/la-doctrina-del-ts-sobre-la-extincion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar-por-convivencia-marital-con-un-tercero-justicia-a-costa-de-legalidad/>>. [Consulta: 26 de abril de 2020].

ENCICLOPEDIA JURIDICA. <<http://www.encyclopedia-juridica.com/inicio-encyclopedia-diccionario-juridico.html>> [Consulta: 19 de febrero de 2020].

GASTALVER ABOGADOS. (2014). “Divorcio y adjudicación de la vivienda en propiedad a un cónyuge”, en *FORO VIVIENDA. Información legal práctica sobre la vivienda*. <<https://www.forovivienda.com/articulos/articulos-sobre-vivienda-en-propiedad/429-divorcio-y-adjudicacion-de-la-vivienda-en-propiedad-a-un-conyuge>>. [Consulta: 16 de abril de 2020].

IBERLEY. “Modificación de la atribución de la vivienda familiar en caso de separación, divorcio y nulidad”. <<https://www.iberley.es/temas/modificacion-atribucion-vivienda-familiar-casos-separacion-divorcio-nulidad-62943>> [Consulta: 14 de mayo de 2020].

RAGEL SÁNCHEZ, L. (2003). *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, Reus, Madrid. pág., 209 <<https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=oGnluW8c1uQC&oi=fnd&pg=PA4&dq=medidas+judiciales+en+divorcios&ots=hPLUTFMBQq&sig=GvTAY-ggRVH7FHamG0O1w8BWUFs#v=onepage&q=medidas%20judiciales%20en%20divorcios&f=false>> [Consulta: 18 de febrero de 2020].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <<https://www.rae.es/>> [Consulta: 29 de febrero de 2020].

TOUCHARD DÍAZ-AMBRONA, L. (2004) “El domicilio conyugal: los problemas que plantea ante una crisis conyugal”, *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3130508> >
[Consulta: 13 abril de 2020].

ANEXOS

ANEXO I LEGISLATIVO

LEGISLACIÓN NACIONAL

- Código Civil de 1889.
- Constitución Española de 1978.
- Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Ley 29/ 1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

ANEXO II JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERMO

- STS de 28 de marzo de 2003 (RJ 2152/2003).
- STS de 28 de marzo de 2003 (RJ 314/2003).
- STS de 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003/7128).
- STS de 15 de julio de 2013 (RJ 2122/2013).
- STS de 19 de noviembre de 2013 (RJ 5509/2013).
- STS de 29 de mayo de 2014 (RJ 3889/2014).
- STS de 17 de marzo de 2016 (RJ1162/2016).
- STS de 20 de noviembre de 2016 (ROJ: 641/2018).
- STS de 19 de enero de 2017 (RJ 113/2017).
- STS de 20 de junio de 2017 (RJ390/2017).
- STS de 20 de noviembre de 2018 (ROJ: 315910/2018).
- STS de 17 de julio de 2019 (RJ 8038/2019).
- STS de 9 de septiembre de 2019 (RJ 10356/2019).
- STS de 25 de septiembre de 2019 (RJ 9626/2019).
- STS de 29 de septiembre de 2019 (RJ 3489/2019).
- STS de 9 octubre de 2019 (RJ 10333/2019).
- STS de 16 de enero de 2020 (RJ 61/2020).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Valladolid de 16 de abril de 2004 (JUR 147048/2004).
- AP de Pamplona de 03 de septiembre de 2006 (JUR 693/2006).

- SAP de A Coruña 16 de abril de 2009 (JUR 146/2009).
- SAP de Madrid de 14 de septiembre de 2009 (JUR 536 /2009).
- SAP Asturias de 24 de febrero de 2011 (JUR 338/2011).
- AP de Málaga de 07 de enero de 2012 (JUR 843/2012).
- AP de A Coruña de 15 de septiembre de 2013 (JUR 2122/2013).
- SAP Madrid de 03 de octubre de 2014 (REC 13321/2014).
- SAP de Madrid de 17 de septiembre de 2015 (18799/2015).
- SAP de Barcelona de 16 de mayo de 2019 (JUR 405/2019).