

# Atribución del uso de la vivienda familiar en caso de divorcio con custodia compartida

Comentario a la STS de 20 de febrero de 2018<sup>1</sup>

Carlos Beltrá Cabello

*Letrado de la Administración de Justicia*

---

## EXTRACTO

La jurisprudencia más reciente considera que la atribución del uso del domicilio conyugal o familiar a uno de los cónyuges con motivo de la declaración judicial de nulidad, separación o divorcio del matrimonio se incardina, como efecto propio de tal declaración, en el ámbito de los artículos 90 y 96 del Código Civil, conformándose como un derecho de uso o utilización que tiene naturaleza personal, asistencial, temporal y provisional, y que, por tanto, en ningún caso, es vitalicio. Permite concluir que, con su sueldo y con lo que resulte de la división del patrimonio común, la madre podrá disponer de una vivienda que permita hacer efectivo el sistema de custodia compartido establecido en interés del menor. Por ello, en este caso, en que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, la sala aplica el criterio recogido en determinadas sentencias, según el cual no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda. La sala casa la sentencia y confirma la dictada en primera instancia, que atribuyó el uso de la vivienda familiar a ambos progenitores por anualidades alternas. Por último señala que para la doctrina de la DGRN (Resoluciones de 19 de julio de 2011 y 9 de julio de 2013) el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real.

**Palabras clave:** derecho de familia; divorcio; custodia compartida; uso de la vivienda familiar.

---

*Fecha de entrada: 15-03-2018 / Fecha de aceptación: 28-03-2018*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en [www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com) (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 31 de marzo de 2018).

Es objeto del presente comentario la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras el divorcio de los litigantes. En el caso son datos relevantes: que el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes y que pertenecen en copropiedad ordinaria a ambos litigantes el inmueble que fue vivienda familiar y otros inmuebles, que tienen un hijo en común menor de edad y que se ha acordado un sistema de custodia compartida

En lo referente a la atribución de la vivienda familiar deben señalarse unas cuestiones previas. Entre las medidas a acordar en los procedimientos de rupturas matrimoniales, incluso en los relativos a la guarda, custodia y alimentos de los hijos no matrimoniales, se incardina la atribución del uso del domicilio familiar en los artículos 90, 96 y 103 del CC. Los citados artículos 96 y 103 del CC prevén la concesión del uso a uno de los cónyuges o a este y a los descendientes, disponiendo que el juez, a falta de acuerdo, determinará «teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar».

El principio constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE), así como el artículo 47 del mismo texto legal referente al derecho a una vivienda digna y adecuada son inspiradores del Código Civil en materia de familia, y en particular del artículo 96 del CC, reflejándose en la normativa vigente el intento de armonizar el Derecho privado de cada uno de los cónyuges sobre la vivienda con el derecho de la familia a la vivienda.

El derecho a la vivienda familiar no es un derecho independiente del que se extraen consecuencias jurídicas, cuando de lo que se trata es de lo contrario: es la constitución de una familia, y en su caso el vínculo matrimonial, la que genera una pluralidad de derechos y deberes de los que se derivan, recíprocamente, ciertas expectativas jurídicas, tanto sobre la propia vivienda como sobre los objetos, enseres, menaje y muebles que se encuentran en ella y que, por un lado, el artículo 606 de la LEC los protege calificándolos de inembargables y, por otro, el artículo 1.321 del CC los califica de ajuar doméstico, e incluso se atribuye un derecho preferencial al cónyuge viudo.

Como punto de partida, conforme a estos principios y con la voluntad de perfilar un concepto asumible de vivienda familiar, toda vez que no existe una definición legal al respecto, procede recordar que el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 1994 dice que la vivienda familiar es un «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario» y en la STS de 16 de diciembre de 1996 indica que la vivienda familiar es algo más que la propia vivienda y se viene a identificar con el concepto de «hogar familiar», o lugar donde, habitualmente, la familia desarrolla su vida diaria, «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos».

No existiendo por tanto una definición legal de vivienda familiar, puede ser concebida como aquel espacio físico donde el grupo familiar fija su residencia y desenvuelve las funciones esenciales de la vida familiar, como la crianza y educación de los hijos si los hubiere, en definitiva, donde los cónyuges ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones tanto las patrimoniales como las derivadas de la relación conyugal.

El concepto de vivienda familiar al que se refiere el artículo 96 del CC no guarda relación con la titularidad privativa o común de la vivienda, sino con el uso que se haga de ella por el grupo familiar, destinándola a satisfacer la necesidad de vivienda del mismo.

La atribución del uso de la vivienda familiar conlleva el del ajuar doméstico que quede en ella, entendiéndose por ajuar el conjunto de muebles, enseres y ropa de uso común; no obstante, no se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor (art. 1.321 CC).

La atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, en los casos de separación y divorcio, está regulada en las siguientes normas:

- Artículo 39 de la CE. El principio constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia se refleja en la normativa actual en el intento de armonizar el derecho privado de cada cónyuge sobre la vivienda con el derecho de la familia a la vivienda.
- Artículo 90.1 C del CC, en cuanto que la atribución del domicilio forma parte del contenido mínimo del convenio regulador.
- Artículo 96 del CC, que regula la atribución judicial del uso de la vivienda y ajuar doméstico, caso de procedimiento contencioso o de no aprobación judicial del convenio regulador.

Este precepto se refiere puntualmente al derecho del cónyuge no titular pues trata de proteger el derecho de ocupación por atribución judicial del uso, posibilitando el artículo 26 de la LH que el cónyuge usuario inste la correspondiente anotación preventiva registral.

En relación con su naturaleza jurídica concurren distintas posturas doctrinales; un sector doctrinal entiende que se trata de un derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad de manera autónoma e independiente, otro sector considera que la naturaleza de este derecho viene condicionada por la naturaleza del derecho de ocupación que tuvieran los cónyuges inicialmente, de tal forma que tendrían acceso al Registro de manera directa si aquel derecho tuviera carácter real, y de manera indirecta en virtud de la sentencia que realiza la atribución cuando no fuera así.

La jurisprudencia más reciente considera que la atribución del uso del domicilio conyugal o familiar a uno de los cónyuges con motivo de la declaración judicial de nulidad, separación o divorcio del matrimonio se incardina, como efecto propio de tal declaración, en el ámbito de los

artículos 90 y 96 del Código Civil, conformándose como un derecho de uso o utilización que tiene naturaleza personal, asistencial, temporal y provisional, y que, por tanto, en ningún caso es vitalicio, debiéndose destacar, en este sentido, que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de febrero de 2006, siguiendo esta misma línea, ha establecido que el derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad.

En cualquiera de los casos, y con independencia de la naturaleza patrimonial del inmueble, el Tribunal Supremo entiende que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del CC, la atribución de su uso a uno de los cónyuges no puede hacerse con carácter ilimitado o a perpetuidad, pues ello supondría adjudicar al beneficiario de esta medida un derecho con una efectividad superior a la que resulta de los estrictos límites bajo los que queda configurada su naturaleza jurídica como un derecho de carácter familiar y no real (por todas, STS de 12 de noviembre de 2010, AAP de Asturias de 6 de marzo de 2015).

Para la doctrina de la DGRN (Resoluciones de 19 de julio de 2011 y 9 de julio de 2013) el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo.

La finalidad de la atribución del uso del domicilio familiar es asegurar el interés preferente del menor a seguir teniendo cubierta su necesidad de habitación y, en su caso, el del otro cónyuge, cuando su interés sea el más necesitado de protección.

Es indudable que el principio que aparece protegido en el artículo 96 del CC es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por los progenitores, y entre los alimentos se encuentra la habitación –*ex art. 142 CC*–; por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia han adoptado esta regla. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de marzo de 2011, en relación con la atribución de la vivienda, indica que esta atribución se produce para salvaguardar los derechos del menor, pero no es una expropiación del propietario, y decidir en el sentido contrario sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 del CC.

Las funciones del domicilio familiar aparecen claras: por un lado, la fijación del espacio físico en donde se centran las relaciones jurídicas de la familia, y, por otro, el espacio de acogimiento de los hijos, razón por la que el Código Civil atribuye su uso, precisamente, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan.

Debe destacarse el carácter imperativo de las normas reguladoras de dicho derecho cuando existen hijos menores que atienden siempre al interés más necesitado de protección, y en todo caso al interés del menor.

Los caracteres del derecho de uso de la vivienda familiar son los siguientes:

- **Provisionalidad.** El derecho de uso de la vivienda familiar se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad.

El artículo 96.3 del CC claramente establece que, en tales casos, la atribución del uso de la vivienda debe ser temporal al señalar que «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

- **Oponible a terceros.** El derecho de uso es un derecho de ocupación oponible a terceros y no actúa como causa impeditiva de la rescisión cuando resulta procedente, pero no es un derecho de usufructo entendido como derecho real en principio vitalicio y disponible; la STS de 1 de junio de 2006 dice que «no cabe la asimilación del derecho de ocupación de la vivienda conyugal del cónyuge a quien se le atribuya en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del CC, al usufructo, sino que es un derecho real, *sui generis*, oponible a tercero y de constitución judicial y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad».

No obstante lo anterior, la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia.

- **No altera la titularidad dominical.** La atribución del uso de la vivienda atribuido judicialmente a uno solo de los cónyuges se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se le ha atribuido el uso pero no genera un derecho antes inexistente (STS del Pleno de 18 de enero de 2010) y sí protege el que la familia ya tenía. La atribución de uso no tiene otra finalidad que la de mero alojamiento tras la quiebra matrimonial.
- **Habitualidad.** Es uno de los elementos definidores de la vivienda familiar; la vivienda habitual la constituye siempre un inmueble que debe reunir las características mínimas para poder ser calificada como vivienda habitual de la familia. Quedan fuera del concepto de vivienda familiar las denominadas segundas viviendas, aunque habitualmente sean utilizadas por la familia, las de mero recreo y los locales de negocio.

El pronunciamiento del uso debe ir referido a la vivienda que se habita por la unidad familiar al momento de la ruptura y no puede considerarse vivienda familiar la que fue inicialmente adquirida para constituir el domicilio familiar, y solo lo fue por un periodo de tiempo.

En todo caso la facultad de uso –*ex art. 96 CC*– no legitima la cesión onerosa temporal de dicha facultad, a personas ajenas, al cónyuge custodio y a sus hijos, mediante precio, es decir, no ampara el arriendo de la vivienda.

## En relación con los criterios para la atribución judicial del uso de la vivienda familiar

El artículo 96 del CC dispone que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, 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 quedan.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente.

Si no hay hijos o estos son independientes, puede acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias, lo hagan aconsejable y su interés sea el más necesitado de protección».

En las situaciones de crisis de la familia, la determinación del régimen de uso del domicilio familiar es uno de los elementos que configuran el contenido mínimo del convenio regulador.

En ausencia de pacto, es el juez el que debe pronunciarse necesariamente, si existen hijos menores, sobre esta medida bien en el auto dictado en sede del procedimiento de medidas previas o provisionales coetáneas, o bien en la sentencia que se dicte en el pleito principal. 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 artículo 96 del CC»

**Excepciones de la atribución del uso de la vivienda cuando hay hijos menores:** cuando el progenitor custodio dispone de otra vivienda en la que convive con los hijos; cuando el progenitor custodio no se ha opuesto a la pretensión del no custodio de que se le atribuya el uso; cuando los menores junto con el progenitor custodio residen en otra ciudad distinta a la que se encuentra el domicilio familiar y donde tiene su domicilio el progenitor custodio; cuando los hijos y el progenitor no custodio no usen el domicilio familiar que tienen atribuido en Sentencia de Separación; cuando la vivienda familiar es ocupada en función de la profesión o cargo de un cónyuge y su uso sea indispensable para el desempeño del dicho cargo u oficio.

No habiendo hijos, el Código Civil establece como criterio de atribución, atendiendo a las circunstancias, el interés más necesitado de protección con independencia de quién sea el titular de la vivienda (vivienda ganancial, vivienda propiedad de una de las partes, vivienda que pertenece a ambas partes en proindiviso), aunque, eso sí, estableciendo un límite temporal para el mismo.

Tras haber llevado a cabo un análisis general de la atribución del uso de la vivienda familiar tras la disolución del matrimonio, procede centrarse en lo recogido en la sentencia analizada relativo a la atribución de la vivienda habiendo hijos menores y en el supuesto de la custodia compartida.

Ante todo se ha de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser lo normal y deseable, señalando el Tribunal Supremo que la redacción del artículo 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e

incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situación de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

La guarda y custodia compartida busca que el hijo conserve su relación con ambos progenitores en la mayor extensión posible y procura que la ruptura de aquellos incida lo menos posible en el quehacer cotidiano del menor.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la que la que el Tribunal Supremo se hace eco, ha supuesto un cambio de visión extraordinario hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional; unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal.

Complementario de todo ello es la reforma del Código Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida; bien sabido que su adopción está supeditada a que favorezca el interés del menor.

Con este régimen de custodia se pretende aproximar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

Expuesto lo anterior cabe indicar que el Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos autonómicos, no contiene una regulación específica en esta materia sobre la atribución del uso de la vivienda habitual en los supuestos de custodia compartida.

En el supuesto de custodia exclusiva, en defecto de acuerdo entre las partes, se dispone en el artículo 96 del CC que el uso del domicilio familiar se atribuya a los hijos menores y al progenitor en cuya compañía quedan, pero este criterio no es aplicable en el caso de custodia compartida, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos, por lo que teniendo en cuenta las diversas variantes de custodia compartida que pueden articularse, los pronunciamientos sobre la atribución del uso del domicilio familiar pueden revestir diversas posibilidades:

- Que los menores permanezcan de manera permanente en la vivienda y que los padres compartan el uso durante los periodos que tienen atribuida la custodia. Se trata de una medida que no se estima aconsejable que perdure en el tiempo, en particular si se ha establecido la custodia compartida por periodos cortos de tiempo, por los problemas, conflictos e inconvenientes que plantea en la práctica y por ser inviable ante la creación de nuevas familias.
- Que sean los hijos los que cambien de domicilio, en estos casos la atribución del uso del domicilio se efectuará atendiendo al interés más necesitado de protección, entendiendo aconsejable introducir limitaciones temporales en su atribución, o si no lo hubiere, se podría establecer un uso rotatorio de periodos temporales de un año.

- No efectuar pronunciamiento alguno en relación con el uso cuando no existe un interés susceptible de prioritaria protección, con lo que se propicia la división de la comunidad o la liquidación de la sociedad de gananciales.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de octubre de 2014 establece que en este supuesto (custodia compartida) la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo del artículo 96, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver «lo procedente». Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos progenitores. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges o convivientes, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que establece el párrafo tercero del mencionado artículo 96 del CC para los matrimonios sin hijos.

En definitiva, cuando nos referimos a la atribución del domicilio familiar en los supuestos de custodia compartida, lo primero a considerar es el interés del menor.

El interés del menor «es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un estatus, si no similar, sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento, y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros».

No obstante, como se ha expuesto anteriormente, la permanencia de los hijos en el domicilio familiar en los supuestos de custodia compartida por periodos cortos de tiempo, pongamos que semanal, puede ser necesariamente fuente de conflicto entre los progenitores, por lo que suele acordarse que sean los hijos los que se alternen en las viviendas de sus progenitores y se proceda a valorar si existe un interés susceptible de prioritaria protección entre aquellos, que aconseje atribuirle a uno el uso del domicilio familiar. Se considera que lo conveniente con carácter general en estos supuestos es procurar la venta del domicilio familiar, con independencia de que en algunos casos, y precisamente atendiendo al progenitor más necesitado de protección, proceda atribuir al mismo temporalmente el uso de la referida vivienda.

Por tanto, el presente comentario efectúa un análisis de la atribución del uso de la vivienda familiar así como, especialmente, del supuesto en el que se establece respecto de los hijos menores un régimen de custodia compartida.