

LA PÉRDIDA DEL CARÁCTER “FAMILIAR” DE LA VIVIENDA  
EN LA QUE SE HABÍA DESARROLLADO LA CONVIVENCIA  
CONYUGAL. COMENTARIO A LA STS NÚM. 524/2017, DE 27  
DE SEPTIEMBRE

*THE LOSS OF THE “FAMILY” CHARACTER OF THE HOUSING  
IN WHICH CONJUGAL COEXISTENCE HAD BEEN DEVELOPED.  
COMMENT ON STS NO. 524/2017, OF SEPTEMBER 27*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 620-635*



Pedro  
CHAPARRO  
MATAMOROS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 20 de octubre de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de noviembre de 2017

**RESUMEN:** La atribución del uso de la vivienda familiar realizada por los esposos a uno de ellos en convenio regulador implica la pérdida de la condición de “familiar” de la vivienda, lo que impide que posteriormente pueda ser atribuida al cónyuge custodio al amparo del art. 96.I CC. En este caso, la contribución a la satisfacción de la necesidad habitativa por el cónyuge usuario deberá sustanciarse a través de la pensión de alimentos.

**PALABRAS CLAVE:** Vivienda familiar, cónyuge custodio, cónyuge usuario, derecho de alimentos.

**ABSTRACT:** The attribution of the use of the family home made by the spouses to one of them in a regulatory agreement implies the loss of the “family” status of the home, which prevents it from being subsequently attributed to the custodial spouse under art. 96.I CC. In this case, the contribution to the satisfaction of the housing need by the user spouse must be carried out through the alimony.

**KEY WORDS:** Family home, custodial spouse, user spouse, alimony.

**SUMARIO.-** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA “VIVIENDA FAMILIAR”.- II. ¿CUÁNDO HAY QUE ENTENDER QUE LA VIVIENDA HA PERDIDO EL CARÁCTER DE “FAMILIAR”?- III. LA RELATIVIZACIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. En la jurisprudencia.- 2. En las legislaciones autonómicas en materia de relaciones familiares.- IV. EL RECURSO AL DERECHO DE ALIMENTOS COMO VÍA PARA CUBRIR LAS NECESIDADES HABITATIVAS.

---

## SUPUESTO DE HECHO

La STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre, analiza la posibilidad de que una vivienda cuyo uso ha sido atribuido al cónyuge no custodio en el convenio regulador pueda, posteriormente, llegar a servir de habitación del cónyuge custodio y del hijo común en caso de necesidad.

El litigio tiene su origen en la demanda de modificación de medidas formulada por el ex esposo, quien reclama que la custodia exclusiva del hijo, correspondiente a su ex mujer, se convierta en una guarda y custodia compartida. Frente a esta petición, la ex mujer formula demanda reconvenicional, oponiéndose a la guarda y custodia compartida promovida por su ex marido, y solicitando para sí y para el hijo menor de edad común el uso de la que había sido vivienda familiar constante matrimonio, atribuida a aquél en el convenio regulador, y posteriormente adquirida en propiedad por el ex esposo al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales (quien asumió, asimismo, el pago de la parte pendiente del préstamo hipotecario concedido para su adquisición). La ex mujer basa la reconvenición en el incumplimiento por parte de su ex marido de un compromiso de ayuda económica para el alquiler de vivienda y en el despido que había sufrido, dando lugar ello a una situación de inexistencia de ingresos económicos que impediría el pago de la hipoteca de la vivienda que había adquirido y en la que vivía, tras el divorcio, con el hijo menor de ambos.

### • Pedro Chaparro Matamoros

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Valencia (España). Doctor en Derecho con Sobresaliente cum laude y Mención Internacional (2017). Licenciado en Administración y Dirección de Empresas (2011), y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012). Sus principales líneas de investigación son los derechos de la personalidad, el Derecho de Familia en general (y, en particular, uniones de hecho y atribución del uso de la vivienda familiar) y la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Galardonado con el Accésit del Premio “Estudios Financieros” en su categoría de “Derecho civil y mercantil” en el año 2013 con el trabajo “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en los supuestos de vulneración del derecho al honor en Internet”. Es Secretario de las revistas “Revista boliviana de Derecho” y de “Actualidad jurídica Iberoamericana”. Es también secretario general del IDIBE.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia rechazó ambas pretensiones, tanto la demanda inicial como la reconvenición, dejando, pues, las cosas como estaban con anterioridad al inicio del proceso.

La ex mujer, no conforme con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación frente a dicha resolución, siendo ahora, en segunda instancia, acogida su pretensión. Así, la Audiencia Provincial estima necesario atribuir el uso de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal a la ex mujer y al hijo común, considerando que existía una modificación de las circunstancias tenidas en cuenta en su momento, al haber perdido aquélla el empleo que venía desempeñando, con lo que, previsiblemente, no podría hacer frente al pago del préstamo hipotecario que había suscrito para la adquisición de una nueva vivienda. En consecuencia, y ante el eventual riesgo de desamparo del menor, la Audiencia Provincial decide privar del uso de la vivienda familiar a su titular, al ex marido.

Frente a la sentencia de segunda instancia, el ex marido interpone recurso de casación, cimentándolo en la infracción del art. 96 CC. Así, el ex marido sostiene que la solución contemplada en el art. 96.I CC se aplica en defecto de convenio aprobado por el juez, algo que no ocurre en el caso que se analiza, en el que, precisamente, existió un convenio regulador que atribuía el uso de la vivienda familiar al padre. Considera, así, que desde el momento en el que se aprobó el convenio, la vivienda quedó desposeída del carácter de "familiar".

Junto a este argumento, el recurso de casación del ex esposo esgrime un segundo motivo, cual es el hecho de que la Audiencia Provincial se ha opuesto a la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo en sede de modificación de medidas, según la cual ésta debe tener su base en un hecho actual y no en un posible hecho futuro, como sería, en este caso, la eventual imposibilidad de pagar el préstamo hipotecario como consecuencia de haberse quedado la ex mujer sin su puesto de trabajo.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo, en su argumentación, da la razón al ex marido, considerando que no cabe mantener el carácter de "familiar" de la vivienda después de haberse atribuido su uso a aquél en el convenio regulador. Así, en este sentido, transcribe su relativamente reciente STS núm. 284/2016, de 3 de mayo (que se pronunció sobre el mismo asunto), según la cual, en síntesis, "la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y porque como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedaron satisfechas las necesidades de habitación".

Desde luego, esto no puede significar un desconocimiento y desentendimiento de las necesidades habitativas del hijo económicamente dependiente, a las que deberá atender el padre, si bien, como matiza el Tribunal Supremo, esto no podrá hacerse por la vía de una "atribución posterior del uso de una vivienda que, habiendo sido familiar, perdió tal condición", sino que "ello habrá de ser planteado en el ámbito del derecho a alimentos (artículos 142 y ss. CC)".

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA "VIVIENDA FAMILIAR".

La sentencia objeto del presente análisis aborda el controvertido tema del carácter "familiar" de la vivienda, o mejor dicho, estudia cuándo se puede considerar que una vivienda ha perdido el calificativo de "familiar"; en particular, si la aprobación de un convenio regulador en el que se establece el uso de la que habría sido vivienda familiar en favor de uno de los cónyuges supone la pérdida de dicho carácter. A nuestro juicio, para llegar a tal punto resulta más pedagógico comenzar exponiendo cuándo una vivienda puede considerarse "familiar".

Conviene distinguir, antes de nada, el concepto coloquial de "vivienda familiar" de su acepción jurídica a efectos de la aplicación del art. 96.I CC. Así, desde el punto de vista coloquial, podemos calificar de "familiar" una vivienda que dé cobijo a múltiples manifestaciones familiares (o, si se prefiere, afectivas), como la cohabitación (parejas de hecho), los hogares unipersonales, las familias monoparentales, las familias reconstituidas, etc.

Por su parte, desde el punto de vista jurídico, y a efectos de la aplicación del art. 96.I CC, existe un consenso absoluto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en definir como "vivienda familiar" aquella en la que se desarrolla la convivencia familiar de forma habitual y continuada hasta que sobreviene la crisis familiar:

En lo que aquí interesa, la diferencia expuesta no resulta superflua, en la medida en que la aplicación del art. 96.I CC no se produce indiscriminadamente a todos los supuestos en que haya existido convivencia y afectividad entre dos personas. Así, el paradigma de esta afirmación podría ser la ruptura de una unión de hecho sin descendencia común. En este sentido, hay que tener en cuenta que a las uniones de hecho no les resultan aplicables, con carácter general, las reglas del matrimonio, de suerte que no es posible aplicar analógicamente el art. 96.III CC para decidir el destino de la vivienda familiar una vez cesa la convivencia. En cambio, sí resulta aplicable el art. 96.I CC a los supuestos de ruptura de uniones de hecho, si bien, no sobre la base de una pretendida equivalencia o analogía entre la situación en la que quedan los convivientes y los cónyuges tras la ruptura, sino acudiendo a la necesidad de protección de los hijos económicamente dependientes, que, por imperativo del art. 14 CE, resulta idéntica en ambos casos.

Volviendo al concepto jurídico de "vivienda familiar", observamos que se caracteriza por la concurrencia de dos notas básicas (desarrollo de la vida familiar y habitualidad de la convivencia). Junto a ambos requisitos, hay que tener en cuenta otro: la "habitabilidad". Considerando este requisito, habría que excluir del concepto de "vivienda familiar" espacios insalubres o que no reúnan unas condiciones mínimas de habitabilidad, bien por tratarse de espacios reducidos (trasteros, garajes, etc.), bien por tratarse de espacios cuyas condiciones higiénicas no sean las más idóneas (solares, chabolas, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, edificios ruinosos abandonados, etc.).

En cualquier caso, y excluidos los espacios que no reúnen los requisitos de desarrollo de la vida familiar; habitualidad de esa convivencia familiar; y habitabilidad, podría ocurrir que, fácticamente, hubiese dos o más viviendas que, al mismo tiempo, cumpliesen con los citados requisitos. Así, por ejemplo, un matrimonio podría tener dos viviendas, en dos ciudades distintas, y vivir cada cónyuge en una de ellas por motivos laborales. También, en el caso de cónyuges con hijos que tengan que irse fuera de casa para realizar los estudios universitarios deseados, un cónyuge podría vivir junto al hijo que estudia en otra ciudad, en una vivienda propiedad del matrimonio y situada fuera de la localidad en la que venían conviviendo, y permanecer el otro con el resto de hijos en la vivienda en la que se había venido desarrollando la convivencia familiar.

Como se observa, resulta complejo delimitar cuál es la vivienda familiar en los casos en que no exista una única vivienda en la que se desarrolle de modo habitual la convivencia familiar; sino que existan varias, utilizadas en función de la época del año o de otras circunstancias. Ello ha llevado a la doctrina a tratar de establecer un concepto objetivo de vivienda familiar; recurriendo a tal efecto, principalmente, al art. 105 CC ("No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores").

En la medida en que el Código Civil habla indistintamente de "domicilio conyugal" (arts. 70 y 105 CC), "vivienda familiar" (arts. 90, 96 y 103 CC), y "vivienda habitual" (arts. 1320, 1321 y 1406 CC), para referirse a la vivienda en la que tiene lugar la convivencia familiar; parece razonable entender que es aquella en la que se fija el domicilio conyugal. Por tanto, a efectos del art. 96.I CC, es "vivienda familiar" aquella en la que los cónyuges fijan su domicilio, atendiéndose, pues, al elemento volitivo de los cónyuges: parece lógico suponer que la vivienda en la que fijan su domicilio será la misma en la que desarrollarán la convivencia familiar de forma permanente.

Esta interpretación hace que, de algún modo, la atribución del carácter de familiar a una vivienda a los efectos del art. 96.I CC sea objetiva, con base en dicho criterio de ser aquella en la que se fije el domicilio conyugal. De esta forma, se solventa el

problema teórico-práctico de tener que determinar cuál de entre las varias viviendas que reúnan los caracteres de desarrollo de la convivencia familiar, habitualidad y habitabilidad, merece el calificativo de “vivienda familiar”.

## II. ¿CUÁNDO HAY QUE ENTENDER QUE LA VIVIENDA HA PERDIDO EL CARÁCTER DE “FAMILIAR”?

Una vez delimitado el concepto de vivienda familiar, toca ahora acotar cuándo una vivienda puede perder el carácter de familiar. En principio, hay que partir del hecho de que la consideración de “familiar” no es inmutable ni se predica de una vivienda *ad eternum*. Sin embargo, lo que no resulta tan claro es precisar el momento en que una vivienda pierde el carácter de “familiar”.

Desde luego, no se trata de una cuestión baladí, pues la consideración de “familiar” de una vivienda supone la posibilidad de brindar protección al cónyuge custodio y a los menores que convivan con él, lo que, seguramente, irá en detrimento de los intereses patrimoniales del cónyuge no custodio.

Se trata de una de las cuestiones más complejas que pueden plantearse en sede de atribución del uso de la vivienda familiar, y sobre la que existen múltiples teorías. En línea de principio, hay que tener en cuenta que el concepto de “vivienda familiar”, una vez producida la crisis matrimonial y atribuido a uno de los cónyuges un derecho de uso sobre la misma, se matiza en cierta medida, para seguir hablando de “vivienda familiar” de aquella en la que no conviven todos los integrantes de la familia.

Sin embargo, la pérdida del carácter de “familiar” no deriva del hecho anterior, sino que va asociada, a nuestro juicio, a la extinción (o a la no aplicación) de la protección que ofrece el art. 96.I CC. Es decir, la vivienda seguirá siendo “familiar”, una vez producida la crisis familiar, si recae sobre ella la medida contemplada en el art. 96 CC (atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges). Y lo seguirá siendo hasta que finalice dicho periodo de uso de la vivienda familiar (por el motivo que sea), momento a partir del cual dejará de ofrecer protección a los integrantes de la familia ex art. 96.I CC. Asimismo, la vivienda se verá despojada del carácter de “familiar” en el caso de que, producida la crisis familiar, el destino de la vivienda se ventilara al margen de las previsiones del art. 96 CC, como es el caso que acontece en la sentencia aquí analizada.

Sin pretensiones de exhaustividad, habida cuenta la rica y variada casuística existente en la materia, podemos enumerar una serie de supuestos en los cuales la vivienda pierde el carácter de “familiar”:

- a) *La desafectación de la vivienda familiar del uso de morada de la familia*

Un primer supuesto, de todo punto lógico, sería la desafectación de la vivienda familiar del uso de morada de la familia. En efecto, podría ser que los cónyuges acordasen la enajenación de la vivienda en la que habían desarrollado su convivencia, con la finalidad de obtener unos ingresos económicos que les permitieran hacer frente a sus respectivas necesidades habitativas.

Igualmente, y aunque menos frecuente en la práctica (porque no implicaría la ruptura de lazos entre los cónyuges), pero en muchos casos necesario ante la ausencia de compradores, hay que incluir dentro de este supuesto el arrendamiento de la vivienda familiar.

*b) La ejecución de la hipoteca sobre la vivienda*

Supone la extinción del derecho de uso (y la consiguiente pérdida de la condición de "familiar") la ejecución de una hipoteca sobre la vivienda familiar usada, ya estuviera aquélla constituida anteriormente al nacimiento del derecho de uso (en cuyo caso no tendría importancia que éste estuviera o no inscrito); o posteriormente, siempre y cuando el derecho de uso no estuviera inscrito, y el acreedor hipotecario cumpliera los requisitos del art. 34 L.H. En cualquier otro caso, el derecho de uso seguiría vigente y, con ello, se mantendría el carácter "familiar" de la vivienda.

*c) La destrucción de la vivienda familiar*

Evidentemente, en caso de desaparecer físicamente la vivienda familiar; o de quedar en estado ruinoso que frustrara los fines de servir de habitación, tampoco se podría hablar ni de "familiar", ni de "vivienda". En esta causa de extinción se puede encuadrar también el fenómeno de la expropiación forzosa de la vivienda familiar.

*d) Expiración del periodo de uso de la vivienda concedido*

Otro supuesto en el cual la vivienda perdería el carácter de "familiar" y la protección ex art. 96.I CC que le acompaña sería la finalización del plazo de uso concedido. En efecto, si partimos de la vinculación existente entre el calificativo de "familiar" y la protección concedida por el art. 96.I CC, resulta evidente que, finalizada dicha protección, la vivienda pierde el carácter de familiar.

*e) Abandono de la vivienda por parte del cónyuge usuario*

En alguna ocasión, de forma excepcional, ocurre que el cónyuge a quien se había atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar; abandona ésta para ir a vivir a otra vivienda. Los motivos pueden ser variados; por ejemplo, por irse a vivir en compañía de su nueva pareja sentimental o por acceder a una vivienda que esté más próxima a su entorno vital (empleo, colegio de los hijos, vivienda de sus padres, etc.). En



este supuesto se produciría una renuncia al derecho de uso de la vivienda familiar; que supondría una causa de extinción del mismo, con la consiguiente pérdida del calificativo de “familiar” de la vivienda.

Evidentemente, ha de ser un abandono libre y espontáneo de la vivienda familiar por un tiempo prolongado y con carácter definitivo, sin que pueda considerarse abandono a estos efectos el puntual desuso de aquélla.

En la jurisprudencia, la SAP Málaga núm. 686/2008, de 22 de diciembre, extinguió el derecho de uso de la vivienda familiar que le había sido atribuido a la ex mujer, tras constatar que ésta se había trasladado a una localidad distinta y había establecido en ella su residencia, matriculando al hijo menor en un colegio mucho más próximo a la nueva residencia que al domicilio familiar:

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, en caso de abandono de la vivienda familiar por el cónyuge usuario, el cónyuge no usuario podría instar un juicio de modificación de medidas solicitando para sí el uso de la vivienda familiar; que, de ser aceptado por el juez, supondría que la vivienda no perdería el carácter de “familiar”, por seguir brindando protección a uno de los cónyuges ex art. 96 CC.

En este sentido, la SAP Valencia núm. 27/2015, de 19 de enero, confirmó la sentencia de instancia, que había atribuido el uso de la vivienda familiar al ex marido tras constatar que la ex esposa, adjudicataria inicial del mismo, se había trasladado a vivir con su madre. La Audiencia rechazó, además, la compensación por la pérdida del uso solicitada por aquélla en virtud del art. 6.1 de la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (declarada posteriormente inconstitucional por la STC núm. 192/2016, de 17 de noviembre). Dice así que “consta que la demandada abandonó voluntariamente la vivienda familiar cuyo uso le fue adjudicado, como reconoció en la vista, para irse a vivir con su madre, de modo que no puede reconocérsele la compensación por el no uso de un derecho al que ha renunciado, pues debe entenderse que si renuncia al uso, no tiene derecho a la compensación, y además compró otra vivienda en la localidad de Chiva, que en el momento de la vista estaba desocupada, con lo que sus necesidades de alojamiento están más que atendidas”.

No todo abandono, sin embargo, es susceptible de implicar la extinción del derecho de uso y, en consecuencia, la pérdida de la condición de “familiar” de la vivienda. A este respecto, alguna sentencia de finales del siglo pasado y principios del presente consideró, en los casos en que el cónyuge custodio asignatario del uso de la vivienda pasaba a convivir con su nueva pareja en una residencia distinta de aquélla, que no se podía extinguir el derecho de uso, porque ello supondría privar de protección a los hijos económicamente dependientes en caso de ruptura del cónyuge custodio con su nueva pareja.

Sin embargo, parece más razonable sostener que, en caso de necesidad del cónyuge no usuario, pueda extinguirse el primigenio derecho de uso y serle atribuida a aquél la vivienda (mediante el correspondiente juicio de modificación de medidas), sin perjuicio de volver a realizar un cambio en el uso de la vivienda en caso de que existiera una necesidad habitativa por parte de los hijos económicamente dependientes. En este sentido, la SAP Murcia núm. 706/2009, de 23 de diciembre, estimó que la necesidad del ex marido era "preferente respecto a una expectativa de derecho o una hipotética necesidad futura de su hija [...], que de hacerse realidad podrá dar lugar al procedimiento y reconocimiento oportuno, pero que en este momento debe ceder ante la necesidad real y actual de [aquél]". Esta solución, desde luego, implica un ahorro en la economía familiar (el ex marido, si fuera el caso, no tendría que vivir de alquiler) que seguramente mejorará la satisfacción de las eventuales pensiones compensatoria y/o de alimentos establecidas a cargo de aquél.

*f) Momento de producción de la crisis familiar en el caso de viviendas cedidas en precario*

En el caso de viviendas cedidas en precario por familiares de uno de los cónyuges (generalmente, los padres), el cónyuge custodio no ostenta derecho alguno que le habilite a continuar usando la vivienda, ya que el art. 96.I CC parte en su aplicación de una premisa muy clara: que la vivienda sea común o privativa de uno de los cónyuges, sin que sea posible imponer al propietario de la vivienda que soporte la carga del art. 96.I CC.

Por tanto, tras la crisis familiar, el juez no puede aplicar, teóricamente, el art. 96.I CC para conceder un derecho de uso al cónyuge custodio. Así lo estableció la STS núm. 910/2008, de 2 de octubre, según la cual "La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial".

En consecuencia, desde un punto de vista teórico, la vivienda dejaría de ser "familiar" automáticamente tras el momento de producción de la crisis familiar. Sin embargo, en la práctica, en ocasiones el juez que conoce de la crisis familiar concede un derecho de uso al cónyuge cuyos padres no cedieron la vivienda, por lo que ésta sigue siendo familiar, posponiéndose la pérdida de dicho carácter hasta el momento en que los suegros propietarios recuperen la vivienda mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario.

*g) Atribución del uso de la vivienda al cónyuge no custodio en el convenio regulador*

Es el supuesto que analizamos aquí. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en el convenio regulador, implica la existencia de un acuerdo sobre el destino de aquélla, lo que, a su vez, impide que haya que poner en marcha el mecanismo de atribución judicial del uso contemplado en el art. 96 CC.

A nuestro juicio, desde el mismo momento en que el destino de la vivienda se ventila al margen del art. 96 CC, aquélla pierde su condición de “familiar”, sin que en el futuro pueda ofrecer protección al cónyuge al que no se asignó. En el caso, la pretensión de la mujer de que le sea atribuido el uso de la vivienda familiar tras su despido, parece claramente abusiva, sin que pueda justificarla el hecho de que conviva con el hijo menor de ambos. Por un lado, de admitirse su pretensión, se estaría menoscabando la seguridad jurídica, pues el cónyuge propietario-usuario no sabría a ciencia cierta si va a poder residir en la vivienda, algo que parece especialmente grave si se tiene en cuenta que se está haciendo cargo de la parte de préstamo hipotecario pendiente.

Por otro lado, no parece razonable hacer responsable al cónyuge propietario-usuario de la mala fortuna de su mujer, pues seguramente a él no le incumbió la decisión de acometer un préstamo hipotecario en un contexto laboral inestable y precario, como es el que viene caracterizando a España desde finales de la primera década de los 2000.

Sobre la cuestión, la sentencia objeto del presente análisis remite a la STS núm. 284/2016, de 3 de mayo, la cual conoció de un supuesto muy similar y cuya doctrina reproduce. En dicha sentencia, el alto tribunal afirma que “la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y porque como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedaron satisfechas las necesidades de habitación. La sentencia [recurrida] recupera el carácter familiar de la vivienda que dejó de serlo por voluntad de los interesados, y ello contradice la jurisprudencia de esta Sala. La atribución del uso a la menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, como dicen las sentencias de 29 de marzo y 10 de octubre de 2011, y esta tutela de los intereses del menor, siempre prevalentes, se procuró en su momento y se mantiene en la actualidad; actualidad que es ajena a las vicisitudes posteriores desde el momento en que dejó de tener el carácter al que la norma asocia el uso”. Es decir, desde el momento en que existe un acuerdo entre los cónyuges de asignar el uso de la vivienda a uno de ellos, ésta pierde su condición de “familiar” (lo que implica la imposibilidad de aplicar el art. 96 CC), sin que posteriormente pueda recuperar dicha condición.

El problema de fondo que se plantea en el caso resuelto por la sentencia aquí analizada es que, tras la situación en la que queda la mujer, existe riesgo de que el hijo menor no vea cubierta su necesidad de habitación. Sin embargo, como acertadamente advierte el Tribunal Supremo, no atribuir el uso de la vivienda al cónyuge custodio no implica que el cónyuge no custodio se pueda desentender de las obligaciones que como progenitor le atañen, particularmente, de la obligación habitativa del menor, a la que deberá hacer frente mediante el recurso a otros instrumentos (pensión de alimentos).

Además, como ya hemos explicado al referirnos en su momento a la SAP Murcia núm. 706/2009, de 23 de diciembre, la necesidad habitativa actual del padre es "preferente respecto a una expectativa de derecho o una hipotética necesidad futura de su hija [...]"; pues el previsible impago de la hipoteca y la consiguiente ejecución de la misma es un hecho futuro, que no ha quedado acreditado en el proceso.

### III. LA RELATIVIZACIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

En la sentencia comentada, se observa la tendencia de los jueces a relativizar, en nuestros días, la importancia de la vivienda familiar. Tradicionalmente, la continuidad habitativa del menor en el uso de la vivienda familiar era indiscutible, por los beneficios que, en teoría, suponen para el desarrollo de la personalidad el mantenimiento de aquél en el entorno vital en el que ha crecido.

Sin embargo, la progresiva implantación del sistema de custodia compartida está relativizando la importancia de la vivienda familiar, en la medida en que la no convivencia simultánea con ambos progenitores obliga a los jueces (salvo en el caso de que se acuerde el uso alternativo de la misma) a ofrecer soluciones que implican que los hijos económicamente dependientes tengan que abandonar (temporal o definitivamente) la vivienda familiar. Incluso, yendo más lejos como enseguida veremos, en supuestos de custodia monoparental, el Tribunal Supremo y algunas legislaciones autonómicas prevén que el uso de la vivienda familiar pueda ser atribuido al cónyuge no custodio (si su interés es el más necesitado de protección) en los casos en que el cónyuge custodio tuviese medios suficientes para cubrir la necesidad habitativa propia y de los hijos.

Ello se ha traducido en un cambio de mentalidad de los jueces, quienes, si bien siguen partiendo, a la hora de resolver las crisis familiares, de la necesidad de mantener al hijo económicamente dependiente en la vivienda familiar, no tienen reparos en ofrecer distinta solución en el caso de que el mantenimiento de aquél en la vivienda familiar suponga un claro desequilibrio de los intereses en juego, por implicar dicha medida un perjuicio desmesurado a los intereses del progenitor no custodio propietario de la vivienda.

## I. En la jurisprudencia.

Sin ir más lejos, la sentencia comentada se puede contrastar con otra sentencia que resuelve un caso similar, ofreciendo una solución distinta. En este sentido, la SAP Valencia 20 enero 1995 accedió a la modificación de medidas solicitada por la ex mujer. En el caso, la vivienda familiar había sido atribuida en el convenio regulador de la separación al ex marido, si bien éste no la usaba (lo que quedó acreditado en el proceso tras comprobar que la vivienda no recibía suministro de energía eléctrica desde noviembre de 1988), mientras que su ex cónyuge vivía de alquiler, lo que motivó que la Audiencia decidiera aplicar el art. 96.III CC y atribuir, por mor de dicho precepto, el uso de la vivienda familiar a la ex mujer. En este supuesto, a nuestro juicio, con la atribución del uso de la vivienda familiar efectuada en el convenio regulador ésta habría sido despojada del carácter de “familiar”, si bien, posteriormente recupera dicho carácter mediante la atribución de su uso concedida por la Audiencia al amparo del art. 96.III CC.

Esta sentencia, toda vez ser similar, tiene un matiz que hace que la solución ofrecida por la Audiencia sea plenamente entendible, máxime en una época y en un contexto de sobrevaloración de la vivienda familiar. Y es que en este caso ésta no estaba siendo usada por el cónyuge asignatario de la misma, lo que explica el cambio en el uso realizado por la Audiencia. Sin embargo, dudamos de que la solución ofrecida hubiese sido la misma en la actualidad, toda vez no usarse la vivienda. Nos inclinamos, en cambio, por pensar que, probablemente, se hubiera recurrido al derecho de alimentos, salvo que éste no se estuviere satisfaciendo correctamente o existiera riesgo de que ello sucediera.

La pérdida de importancia de la vivienda familiar se advierte también en otras sentencias del Tribunal Supremo, en las cuales éste ha optado por atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio. Se trata de una solución que ha empleado el alto tribunal en supuestos muy concretos con el objetivo de tratar de conciliar todos los intereses en juego, relativizando la importancia de la vivienda familiar en los supuestos en que la atribución del uso al cónyuge custodio pudiera suponer que el otro cónyuge quedara en una situación de desamparo.

Desde luego, para poder aplicar esta solución, el Tribunal Supremo parte de un presupuesto ineludible: el cónyuge custodio debe tener medios suficientes para garantizar la necesidad de vivienda propia y de los hijos. V. a este respecto las SSTS núm. 191/2011, de 29 de marzo (RJ 2011, 3021); núm. 671/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012, 10135); y núm. 777/2013, de 3 de diciembre (RJ 2013, 7834), de las cuales se puede extraer la siguiente doctrina: “cuando el cónyuge custodio posea otra vivienda en propiedad en la que pueda dar alojamiento digno a los menores, la que fue vivienda familiar podrá ser adjudicada al cónyuge no custodio”.

El supuesto más emblemático, por ser el que mejor refleja la situación aquí analizada, es el resuelto por la STS núm. 671/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012, 10135), la cual confirmó la resolución recurrida, que había atribuido al ex esposo el uso de la vivienda familiar (que era privativa suya), por haber adquirido la mujer una nueva vivienda con la que quedaba satisfecha su necesidad habitacional y la de la hija menor común, que había quedado a su cargo. Explica el Supremo que "en el caso presente [...] la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que ésta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, «cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre», y no sólo cubre estas necesidades, sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler".

## 2. En las legislaciones autonómicas en materia de relaciones familiares.

La relativización de la importancia de la vivienda familiar a que nos referimos en este epígrafe se puede observar también en las legislaciones autonómicas en materia de relaciones familiares. Así, el art. 233-20.4 CCCat. dispone que "Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos". A su vez, el art. 233-20.5 matiza que "La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas".

En muy similares términos se pronuncia el art. 12.3 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, según el cual "El juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de éstos". Al igual que sucede en Cataluña, este uso no es indefinido, sino temporal. Así lo establece el art. 12.5.1, al afirmar que "La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las

circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

E, igualmente, la nueva redacción del art. 96.2.II CC dada por el “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, se manifiesta en este mismo sentido, al disponer que “El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos”, dando, con ello, respuesta a las demandas doctrinales que exigían una modificación del art. 96 CC para que tuvieran cabida en él más supuestos de los que contempla en la actualidad.

#### **IV. EL RECURSO AL DERECHO DE ALIMENTOS COMO VÍA PARA CUBRIR LAS NECESIDADES HABITATIVAS.**

El hecho de que la jurisprudencia acuerde atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio, no implica, sin embargo, que éste pueda desentenderse completamente de las necesidades habitativas del hijo económicamente dependiente, a las que deberá atender en virtud de su condición de progenitor.

Para ello, la jurisprudencia recurre, como no podía ser de otra manera, al derecho de alimentos en sentido amplio. El uso de la expresión “en sentido amplio” no es casual, sino que trata de advertir al lector del hecho de que la atribución del uso de la vivienda familiar y el derecho de alimentos no son conceptos distintos e independientes, sino que aquélla es un concepto integrante del contenido del derecho de alimentos (configurándose como una prestación *in natura*), tal y como resulta de una lectura conjunta de los arts. 142.I CC (que define como alimentos “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”) y 149.I CC, según el cual “El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

Este recurso al derecho de alimentos en sentido amplio se pone de manifiesto no sólo en la sentencia comentada, sino también en algunas de las últimas resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia. Así, las SSTS núm. 31/2017, de 19 de enero, y núm. 167/2017, de 8 de marzo, remitieron a la fijación de una pensión de alimentos para salvaguardar la necesidad habitativa del hijo mayor de edad con discapacidad, razón ésta que no podía conllevar la continuidad *sine die* de aquél en el uso de la vivienda familiar, en detrimento del progenitor titular de la misma.

Dice, así, la STS núm. 31/2017, de 19 de enero, que “Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores [...]. En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores”. Dicha doctrina es reiterada posteriormente por la STS 167/2017, de 8 de marzo, la cual concluye que “la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar”.

Hay que tener en cuenta, finalmente, que el art. 142.II CC contempla la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad dependientes económicamente que se encuentren cursando estudios, si bien no prevé, en cambio, el supuesto del hijo mayor de edad con discapacidad. Con las citadas sentencias, se observa que el Tribunal Supremo ha entendido que la obligación de alimentos persiste en dicho caso, equiparando a los hijos mayores de edad con discapacidad a los menores de edad.

A modo de conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo está, en nuestros días, relativizando la importancia que tradicionalmente se ha ofrecido a la continuidad habitativa de los hijos económicamente dependientes en la vivienda familiar; cuando ello fuere en detrimento de los intereses del progenitor no custodio propietario de la vivienda familiar. A nuestro juicio, las medidas en tal sentido son absolutamente necesarias, pues de lo que se debe tratar, en definitiva, es de garantizar la necesidad habitativa de los hijos económicamente dependientes afectando de la menor manera posible al resto de intereses en juego (y muy particularmente, a los del progenitor no custodio propietario de la vivienda). Y, en este sentido, el recurso al derecho de alimentos se presenta como un remedio muy eficaz para garantizar dicha necesidad básica de los hijos económicamente dependientes.