

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN
CASOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. ESTUDIO
DEL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL

*THE ATTRIBUTION OF THE USE OF THE FAMILY HOME IN CASES
OF ANNULMENT. SEPARATION AND DIVORCIE. STUDY OF ARTICLE
96 OF THE CIVIL CODE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 552-573

María Paz
HERRERA
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: La Ley 8/2021 de 2 de junio, modifica en su artículo 2, apartado 10 el artículo 96 CC, determinando en su número uno, el uso y disfrute de la vivienda que constituyó el domicilio familiar a los hijos menores de edad comunes de ambos cónyuges, excluyendo a los hijos mayores y sin que se determine condición alguna en supuestos de custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; uso y disfrute; custodia monoparental y custodia compartida; hijos menores de edad; hijos mayores de edad.

ABSTRACT: *Law 8/2021 of June 2, 2021, modifies in its article 2, paragraph 10 article 96 of the CC, determining in its number 1 the use and enjoyment of the dwelling that constituted the family home to the common minor children of both spouses, excluding the older children and without determining any condition in cases of joint custody.*

KEY WORDS: *Family housing; use and enjoyment; single parent custody and joint custody; minor children; children of legal age.*

SUMARIO.- I. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- II ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CUSTODIAS MONOPARENTALES.- III. ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CUSTODIAS COMPARTIDAS.- IV. CONCLUSIONES.

I. ATRIBUCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

En los casos en los que se produce la ruptura familiar por nulidad, separación o divorcio, y no existe un acuerdo plasmado o no en convenio regulador donde se lleve a efecto la atribución del uso de la vivienda familiar, será el juez quien en base a lo dispuesto en el art. 96 CC, el que deberá aplicar los criterios de asignación del uso de la vivienda y a los que se dedica los tres primeros apartados del relacionado artículo, y donde se distinga aquellos supuestos en los que los hijos se quedan bajo la custodia de un progenitor, de ambos, o incluso aquellos supuestos en los que no existen hijos¹.

El texto del artículo, pese a la evolución sufrida por la sociedad y a las numerosas reformas llevadas a cabo en materia de derecho de familia, no había sido reformado desde la redacción original ofrecía por la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Ni siquiera la promulgación de la Ley 15 /2005 de 8 de julio, por la que se regulaba por primera vez la custodia compartida, tuvo su reflejo en la regulación del uso de la vivienda familiar. Ha sido necesario esperar hasta la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, donde en el número 10 del artículo Segundo, se lleva a cabo una importante reforma del texto, sobre todo en lo referente a los criterios para la atribución del uso de la vivienda en situaciones de discapacidad de los hijos, siguiendo lo dispuesto en el art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, celebrada el 13 de diciembre del 2006 en la ciudad de Nueva York.

Aun cuando el principal motivo de la reforma ha sido el definir los criterios a seguir en la atribución del uso de la vivienda que aseguren la protección de los hijos en supuestos de discapacidad, la realidad es que se han modificado algunos puntos del precepto de carácter más general, aunque y tal y como se intentará

¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “ De los efectos comunes a la Nulidad, Separación y Divorcio. Artículo 96”, en AA.VV.: *Comentarios al Derecho Civil, Tomo I* (coord. R. BERTOVIZ RODRÍGUEZ) , Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1000 a 1016.

• **María Paz Herrera Rodríguez**

Abogada Ilustre Colegio Madrid, Licenciada en Psicología, Máster en Intervención Interdisciplinar de Violencia de Género (VIU), Máster en Criminología, delincuencia y victimología (VIU). Correo electrónico: mariapazherrera@outlook.es

desarrollar en párrafos posteriores, sigue sin darse respuesta a todas las cuestiones que pueden derivarse sobre este trascendental asunto, que tantos problemas familiares causa y que es objeto de tantos procedimientos judiciales. Habría que comenzar poniendo de manifiesto que para la doctrina jurisprudencial de Tribunal Supremo (entre otras la STS 14 enero 2010²), confirma que el derecho al uso de la vivienda y que se concede a través de una resolución judicial, no ha de entenderse como un derecho real, sino de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge al que se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, ostenta un interés más necesitado de protección; lo que indirectamente viene a significar que desde un punto de vista patrimonial, este derecho solo va a repercutir en la limitación para disponer de todo o parte de la vivienda o bienes adjudicados, y que incluso pueden ser inscrita en el Registro de la Propiedad.

En este sentido el art. 96.3 CC estipula que “para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

Y si es definitorio la naturaleza del derecho, lo es igualmente especificar la especial protección que otorga la Ley Civil a la vivienda familiar; entendida esta como aquel inmueble donde habitualmente se ha venido desarrollando la convivencia de la familia, lo que indirectamente va a implicar que el juez no va a asignar en un procedimiento matrimonial segundas viviendas ocupadas temporalmente por el núcleo familiar; aunque si pueden ser objeto de pacto en un convenio regulador.

En el art. 96 CC se hace referencia a la vivienda familiar; partiendo de la diferenciación, si cabe más doctrinal que forense, del concepto del domicilio conyugal que viene a identificarse con la existencia de una relación matrimonial y del domicilio familiar suele considerarse desde la perspectiva de los hijos al margen del vínculo matrimonial. En todo caso, el domicilio familiar objeto de protección por el ordenamiento civil, será el domicilio conyugal que así mismo se identifica con la llamada vivienda familiar protegida y que se refiere no solo al objeto, sino al conjunto de individuos que constituyen la familia, entendida como célula e institución básica de la sociedad, y que es también es merecedora de una protección especial en el

2 STS 14 enero 2010 (EDJ 2010/37258). Señala el Tribunal que la naturaleza y los efectos del uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del art. 96 CC. Añadiendo que, si el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero tiene naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en la relación contractual por el hecho de haberse atribuido el uso de la vivienda por sentencia dictada en un pleito matrimonial.

ordenamiento jurídico. En todo caso podría afirmarse que la interpretación del artículo 96 CC dada las lagunas que el texto incluso mantiene con la reforma, ha dado lugar a una gran diversidad de opiniones doctrinales y jurisprudenciales³, con contradicciones entre la mismas que conlleva a que no se otorgue a la medida de la atribución del uso de la vivienda familiar la seguridad jurídica que el tema merece⁴.

El Tribunal Supremo califica el domicilio familiar como “el bien familiar, no patrimonial, que se pone al servicio del grupo de individuos que en ella se asientan, quien quiera que ser propietario”. Y la primacía del hogar familiar que deriva en su especial protección, por el que se viene a imponer a los padres, el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad, y que además ha de entenderse como una concreción del principio del favor filii; entendido además este deber-derecho como figura donde se encuentran los elementos claves, que no son otros que los definidos en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; en consecuencia, con la Observación 14 del Comité de los Derechos del Niño, y viene a modelar los elementos de formación de la naturaleza del menor como ser con dignidad propia y auto responsable; obligando además a los padres y en la vertiente patrimonial, a la conservación e incremento del patrimonio de estos menores, dentro de una actuación diligente, tal y como expresamente queda plasmado en los arts. 164 al 168 CC. En todo caso habrán de evaluarse los elementos concretos necesarios que hacen realidad la primacía del interés supremo del niño y de la niña, cumpliendo además con ello, lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño aprobada en el año 1989.

El ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar tanto en una situación normal de matrimonio como en los supuestos de crisis, y lo hace a través de la protección del derecho que la familia tiene a su uso. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 CC el domicilio conyugal es aquel en el que los esposos tienen o han tenido su residencia habitual, aunque pueda no coincidir con la residencia habitual de cada uno de los cónyuges, puesto que según el propio art. 87.2 CC se prevé la posibilidad de que, por motivos profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga los cónyuges puedan no vivir juntos. En todo caso es el domicilio familiar fijado por los cónyuges el que determinará cual es la vivienda familiar sujeta a un especial régimen de disposición y es sobre la que se decidirá sobre su uso en los supuestos de crisis matrimonial⁵.

3 Disparidad de criterios que se pone de manifiesto en distintas resoluciones, entre otras, STS 30 de septiembre 2011 (la LEY 186204/2011) y STS 29 marzo 2011 (LALEY 9107/2011).

4 GALLARDO RODRÍGUEZ, A. “Principales novedades del artículo 96 del CC tras la reforma del 2021”, *Diario La Ley* (n. 9990), 2022.

5 SAP Salamanca 19 octubre 2022 (EDJ 2022/772417).

En aquellos supuestos en los que cónyuges cesan en la convivencia, es inevitable el que los hijos y en especial los menores de edad su cargo, ya no convivan con ambos progenitores o al menos con ambos progenitores al mismo tiempo. Y es en ese momento de la ruptura, donde se plantea el no pequeño problema de la atribución del domicilio familiar, entendido este como el señalado por el legislador por haberse producido en él la convivencia. Esta elección, y relacionándola con los hijos del matrimonio, ha sido explicada en base a distintas razones y entre ellas la de entender que el mantenimiento del hijo menor en la que ha constituido la vivienda familiar, presupondría una mejor manera enfrentar el cambio que necesariamente habría de experimentar al desmoronarse su entorno familiar; partiendo de la hipótesis de que así se le permitiría continuar con su rutina diaria, con su día a día⁶.

Pero esta atribución del uso de la vivienda familiar, que casi de forma automática se ha venido dando a los hijos menores de edad, y en consecuencia a los progenitores custodios, no ha dejado de ocasionar y en numerosas ocasiones, escenarios de verdadera precariedad al otro cónyuge o progenitor, con independencia de que pudiera ser o no titular del derecho de propiedad sobre la vivienda, otrora familiar. Y este hecho, que muchas veces ha supuesto “dividir miserias”, no tiene por qué corresponderse con un claro beneficio para las necesidades habitacionales del menor, y sin embargo si con un grave riesgo de no poder asumirse por parte del progenitor obligado, el pago de la pensión por alimentos a favor de esos mismos hijos. Y ello además porque la atribución del domicilio familiar en los supuestos de hijos menores de edad y al progenitor custodio, no se ha considerado una forma de procurarles alimentos por parte del titular de la patria potestad, y ello a pesar de que conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y 154 CC, una parte de los alimentos lo constituye el alojamiento o la habitación.⁷ Dicho lo anterior, bien es cierto que parece adquirir cada vez más fuerza y sentido la posibilidad de que en el momento de atribuir al menor el uso de un inmueble distinto al que fuera conyugal en aquellos supuestos en los que se den los condicionamientos de la existencia de otra vivienda que pueda cumplir los requisitos para ser adjudicada como domicilio del menor. De hecho, y no es baladí, el propio art. 94 CC prevé la posibilidad de que pueda ser adjudicada una residencia distinta de la familiar, a través de los acuerdos plasmados en el convenio regulador firmado por las partes y homologado por la autoridad judicial, hecho este que se ha venido a denominar como una “relativización de la transcendencia

6 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores”, en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* dir. M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 81-112.

7 BLANDINO GARRIDO, M.: “La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos a través de los alimentos”, en AA.VV.: *Viviendas y colectivos Vulnerables* (dir. M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 51-80.

de la vida familiar”⁸. La condición en todo caso sine qua non, es que se asegure el interés superior del menor, admitiendo por tanto que las partes puedan acordar una solución diferente a la atribución del uso de la vivienda del progenitor sin que ello pueda considerarse per se contrario al interés del menor.⁹

Y esta protección viene a explicar que a lo largo del tiempo se haya ido configurando todo un entramado normativo por el que se otorga un régimen especial para la vivienda familiar, que viene a distinguirla de otros bienes que pueden comportar el patrimonio familiar y que va a suponer una limitación del contenido del derecho de propiedad, cuando el mismo recae sobre un bien que además de afectar a una necesidad primaria, tiene como fundamento el matrimonio y su entorno.

La Ley 30/1081 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y por la que se reglamenta y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, viene a lo largo de su articulado a centrarse en los periodos de crisis del matrimonio, ampliándose a las parejas de hecho, la atribución del uso del domicilio familiar que habrá de ser adjudicado, aunque ya no pueda denominarse domicilio conyugal. La normativa va a otorgar primacía al principio de autonomía de la voluntad, de forma que en un primer momento serán los cónyuges o progenitores, en los supuestos de las parejas de hecho, los que han de decidir sobre el uso de la vivienda familiar en el convenio regulador, que será aprobado por el juez, salvo que pueda ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para los esposos o miembros de la pareja. Si los cónyuges no llegan a un acuerdo, la autoridad judicial decidirá conforme a los criterios contenidos en el art. 96 CC, y la atribución del uso será limitada, haya sido o no definida en sentencia, aun cuando esta medida podrá ser modificada o extinguida convencional o judicialmente en el caso de producirse una sustancial alteración de las circunstancias que determinaron la atribución en función de lo dispuesto en los arts. 103 y 91 CC.

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 8/2021 de 2 de junio en el art. 96 CC, existía en la doctrina, sustanciales controversias en la forma de interpretar la textualidad del número primero del art. 96 CC, por cuanto se defendía que podría entenderse como relacionado con el deber de contribuir a las cargas familiares, con independencia de la edad de los hijos.

Otras posiciones doctrinales, sin embargo acogían la explicación de que el apartado I solo podía referirse a los hijos sujetos a la patria potestad, dado que el

8 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La relativización del interés del hijo menor de edad”, cit., p. 4.

9 MARTÍNEZ CALVO, J.: “La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia el Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Civil*, VI(3), 2019, pp.155-178.

art. 154.2 CC determinaba la obligación de los padres a tener a los hijos menores en su compañía; por tanto y consecuentemente, continuaban, la atribución del uso de la vivienda no podía ser entendida como un derecho de alimentos, ya que de la forma habitual de prestarlos es a través de una pensión dineraria, en mor de lo dispuesto en el art. 142 y ss. CC, llegando a la conclusión de que la renuncia a una pensión alimenticia no tendría que implicar renunciar a residir en un domicilio.

Una tercera postura venía a incluir a los menores y a los incapacitados sometidos a la patria potestad prorrogada, incluso no estando contemplada en el número 1 del art. 96 la figura del mayor de edad, por cuanto se entendía que mientras estos no tuvieran independencia económica y dado el largo periodo de aprendizaje necesario para lograr la formación, que habría de ser considerados como sujetos del derecho de uso y siempre y cuando tuvieran una normal dedicación a su formación. Todas estas discusiones se han acallado por quedarse sin objeto, con la reforma del artículo llevada a cabo por la Ley de 2 de junio del 2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; disposiciones que, en defecto de acuerdo aprobado por la autoridad judicial, pasan a convertirse en derecho positivo.

Llegados a este punto, y como cuestión preliminar aclaratoria habríamos de centrar que hijos son los protegidos por el art. 96 CC, dadas las matizaciones llevadas a cabo por la reforma legal, y que han aclarado muchas de las dudas relacionadas a la imprecisión del articulado anterior que, aun siendo discutidas por la doctrina, la jurisprudencia pareció asumir una clara posición que ha servido para marcar el camino seguido con posterioridad. Como principio ha de afirmarse que el artículo 96.I solo protege a los menores de edad, por lo que no resulta aplicable a los hijos que, aun conviviendo en la vivienda familiar junto a sus progenitores, fueran ya mayores de edad en el momento de la crisis, debiéndose cubrir sus necesidades de habitación a cargo de la correspondiente pensión alimenticia en su caso. Se excepcionan los mayores en situación de discapacidad “que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar”¹⁰. La nueva redacción viene así a recoger la doctrina consolidada del TS en cuanto entiende que el principio únicamente ha de proteger el interés de los menores de edad y no así a los mayores que conviven en el hogar familiar, aun cuando sean dependientes económicamente, o los que alcancen la mayoría de edad, habiéndose concedido el derecho de uso por razón de la custodia.

10 Art. 96.I.CC.: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos ordinarios de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge cuya compañía queden, hasta que todos alcancen la mayoría de edad... A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparán a los hijos menores en similar situación”.

Dada la redacción anterior a la reforma del año 2021, se planteaban también ciertas dudas teóricas, en cuanto a la posible atribución del uso de la vivienda familiar, existiendo menores que fueran hijos comunes, a la vez que hijos de uno de los progenitores en exclusiva y que además no fuera titular de la propiedad, en referencia a si estos podían quedar amparados como menores, en el derecho de uso del hogar familiar; más allá de que pudieran seguir habitando los hijos exclusivos de aquel progenitor al que se le hubiere otorgado la custodia de los hijos comunes; con la reforma han quedado zanjadas las posibles discusiones, por cuanto la textualidad del artículo deja claro que son los hijos comunes de la pareja en crisis los que en todo caso quedan bajo el manto de la protección legal, lo que deja, por otra parte abierto para otros estudios si cabe, la situación de las familias reconstituidas¹¹

Por último y de alguna forma cierra el círculo de las dudas que parece haber disipado la nueva norma, el uso de la vivienda familiar, se prolongará hasta que todos los hijos sean mayores de edad, lo que supone que, de existir varios hermanos, habrá de esperar a que el más pequeño alcance la mayoría de edad para que se dé por finalizados el derecho al uso de la vivienda familiar. Nuevamente puede ponerse “máculas” a la expresión de alcanzar la mayoría de edad, por cuanto no quedarían previstos supuestos en los que el menor no necesite la utilización de la vivienda por existir otras a su disposición, o por haber sido emancipado. Resulta por otro lado coherente con que expresamente se determine que la protección se limita a los menores de edad.

Una vez centrados estos conceptos, vayamos ahora a examinar con más detenimiento la regulación del uso de la vivienda familiar en los casos en los que existen hijos comunes, haciendo una especial mención a aquellos supuestos en los que puedan existir menores con en situación de discapacidad, según la modificación llevada a efecto por la Ley Orgánica 8/2021 de 2 de junio, distinguiendo como lo hace indirectamente la norma, entre la custodia monoparental y la compartida.

II. ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CUSTODIAS MONOPARENTALES.

Como se ha dicho, las reglas para la atribución del derecho de uso de la vivienda que ha constituido el domicilio familiar son acometidas en la reforma llevada a cabo por la Ley de 2 de junio del 2021, dando más precisión a los distintos supuestos que han de tenerse en cuenta a la hora de determinar el uso de la vivienda que ha sido conyugal, en caso de desacuerdo de los progenitores; pues llega a distinguir en el supuesto de la existencia de hijos que estos sean menores

¹¹ CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar”, en AA.VV.: *GPS Familia* (dir. J.R. DE VERDA BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 307-343.

o mayores de edad, incluso se contempla la posible concurrencia de una situación de discapacidad en alguno de ellos.

El precepto reformado, presupone la existencia de una custodia monoparental, basándose en la idea de que los menores y por entenderse ser más beneficioso para ellos, han de residir en el domicilio que lo hacían antes de producirse la crisis conyugal; la STS 23 enero 2017, observa que la atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos son menores de edad en función de su interés, no siendo posible fijar prematuramente en la sentencia que la atribución del citado uso se prolongue más allá de la mayoría de edad, hasta la independencia económica¹².

La textualidad del art. 96. I queda definida- “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía se queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho en función de las circunstancias concurrentes. A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad, que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparán a los hijos menores que se hallen en similar situación”.

La nueva redacción salva la indefinición contemplada con anterioridad en referencia a los criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, por cuanto literalidad del precepto no se refería a los hijos menores ni al cónyuge custodio¹³. No obstante, y así se ha defendido, tampoco otros artículos del CC como el 90.2, 92 y 93.I, nada especifican y no parece ser discutido el que se refieran únicamente a los menores.¹⁴

Del mismo modo y acogiendo, lo que en definitiva resuelve la reforma, se hacía notar la especial consideración que en el texto legal, se le otorgaba a los alimentos referidos a los hijos menores de edad, respecto a aquellos que ya han adquirido

12 Curiosa cuanto menos STS 23 enero 2017 (EDJ 2017/3510), haciendo referencia al vacío legal en materia de atribución de la vivienda familiar en supuestos de guarda y custodia compartida, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, que hace deba aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC (EDL 1889/1), aun cuando aboga por el interés sin duda más prevalente que es de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, y que se identifica a la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. En todo caso el interés superior del menor solo alcanzaría hasta la mayoría de este.

13 La redacción 96,I CC antes de la reforma 2 de junio de 2021 : “ En defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”.

14 CUENA CASAS, M.: “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (coord. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2022, pp. 275-442.

la mayoría de edad, y entre ellas la prevista en el párrafo primero del art. 149 CC, donde se prevé que “ El obligado a prestar alimentos podrá a su elección satisfacerlos o pagar la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”¹⁵

Por tanto, en el primero de los párrafos del artículo 96 CC, viene a contemplar en primer lugar, no existiendo acuerdo entre los progenitores, la atribución del uso de la vivienda que fue conyugal, habiendo hijos comunes menores o en situación de discapacidad y en atención a que queden en compañía de uno de los progenitores, en cuyo caso deben asignarse a este como cónyuge custodio.

De acuerdo con lo estipulado en este apartado del artículo, y con la doctrina del TS (entre otras. la STS 24 junio 2020¹⁶), el ordenamiento no permite establecer ninguna limitación en la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores mientras estos sigan siéndolo, pues con ello se cumple con el principio de protección del interés superior del menor, en aplicación del art. 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor (LO 8/2015) y basando esta resolución en la defensa de que, entre los alimentos que debe prestar el progenitor a favor del hijo menor o en situación de discapacidad, está el de habitación (art. 142 CC), y por ende el derecho al uso de la vivienda está incluido en el de alimentos que forma parte del contenido de la patria potestad (art. 154.2.1 CC), y ello porque la pensión del artículo 142 CC no comprende solo el concepto de habitación, sino también el de sustento, vestido, asistencia médica y educación, por lo que relacionando el contenido de lo que ha entenderse como alimentos y como concreción del principio favor filii, el número primero del artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores y de manera reflejada o derivada al cónyuge en cuya compañía se queden.

Y esta atribución del uso de la vivienda a los hijos menores, y continuando con doctrina consolidada del Tribunal Supremo, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo dispuesto en el art. 96 CC, por lo que no es posible atribuir en una resolución judicial un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar a favor del hijo menor y del progenitor custodio, porque una interpretación correctora del artículo que permitiera la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, podría implicar una vulneración de los derechos de los menores y que la Constitución de 1978 incorporó al ordenamiento jurídico español en sus arts. 14 y 39. Esta

15 GARCÍA MAYO, M.: “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 del CC”, en AA.VV.: *Viviendas y colectivos Vulnerables* (dir. M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 229-296.

16 STS 24 junio 2020 (EDJ 2020/589453). 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 la norma. Por consiguiente, la norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, puesto que el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez.

protección y asistencia debida a los hijos menores, por tanto, ha de entenderse como incondicional y derivada directamente del mandato constitucional, cuestión que, aun adelantándonos podemos afirmar que no ocurre igual en los casos de mayores de edad.

Como se ha dicho, hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, dado que el artículo no utilizaba el término " menor", podría amparar el defenderse la hipótesis de que en el texto se estaba haciendo mención también a los mayores de edad no independientes económicamente, con el argumento de que también son titulares de un derecho de alimentos; las discusiones doctrinales que se suscitaban sobre si la protección dada por el ordenamiento jurídico en referencia al uso de la vivienda familiar, se extendía al mayor de edad, de tal forma que se entendiera que la circunstancia de alcanzar la mayoría de edad, no le privara a él mismo, y al progenitor con el que pudiera convivir, el seguir usando la vivienda otrora conyugal.

No obstante, estos debates de los agentes jurídicos, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que a diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art. 93.2 CC, respecto a los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. Porque a diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación de los mayores ha de fijarse por expresa remisión legal, a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes CC, que regulan los alimentos entre parientes y admitiría por tanto su satisfacción de dos formas distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para la habitación o bien recibiendo y manteniendo en su propia casa al sujeto de este derecho.

Y siguiendo con la argumentación, el hecho que la prestación alimenticia y de habitación del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar de la vivienda familiar mientras se es menor de edad, ha de traducirse en que una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, siendo la conclusión de que el mayor de edad con derecho a alimentos regulados por el art. 142 y siguientes CC, no podrá alegar el derecho a obtener una parte de esos alimentos mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del otro progenitor con el que no conviva; y ello siempre y desde la modificación llevada a cabo por la Ley 8/ 2021 de 2 de junio de modo expreso en el párrafo segundo del número 1 del artículo 96 CC, salvando los supuestos en los que el mayor de edad se encuentre en situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, equiparándose por tanto a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Cuando los hijos son mayores de edad, aunque sean dependientes económicamente, la atribución del derecho de uso se regirá por las normas relativas a los alimentos entre parientes y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 146 CC, lo que significa que solo se les asignará durante un plazo determinado y si se demuestra que se hallan en una situación objetiva de necesidad que no les sea imputable, y que justifique que los padres deban prestarles alimentos, entre ellos la habitación, a través del uso de la vivienda familiar junto con el progenitor con el que conviven. No obstante, el plazo, aunque determinado no va a impedir que pueda ser prorrogado, una vez vencido en atención a las circunstancias del caso, del mismo modo que podrá ser extinguido de forma anticipada. A diferencia de lo anterior, en el caso de los menores de edad la atribución del derecho de uso de la vivienda a ellos y al progenitor con el que conviva, es consecuencia necesaria del deber de asistencia que pesa sobre los titulares de la patria potestad, por lo que dicha atribución no podrá realizarse con carácter temporal, sino que el derecho de uso durará en tanto persista su minoría de edad, no sea modificado el régimen de custodia ni las circunstancias que determinaron la atribución del uso.

La STS 17 julio 2023, confirma que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores, es "una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo determinada por el art. 96 CC, no permitiéndose establecer ninguna limitación mientras sigan siéndolo porque el interés por el que se protege, no es la propiedad sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja, salvo los pactos de los progenitores, que deberán a su vez ser controlados por el Juez. Y una interpretación correctora de esta norma permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español en sus arts. 14 y 39 desarrollados posteriormente por la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor"¹⁷ y en base a esa corriente y la diferencia entre los hijos mayores y menores se centran en la diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros, ya que mientras la protección debida a los menores ha de entenderse incondicional y se deriva directamente del mandato constitucional, lo que no ocurren en el caso de los mayores, pero además existe una clara imposibilidad de vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación o bien recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene el derecho. Pese a los argumentos de la referida sentencia, la justificación para no considerar incluidos a los hijos mayores, como beneficiarios de la medida, es aún más fácil, si atendemos al fundamento de la finalidad del

17 STS 17 julio 2023 (EDJ 2023/632351): "Se declara la doctrina que procede aplicar, y que es la iniciada con la sentencia 671/2012 5 de noviembre, y que luego ha sido reiterada por otras muchas entre otras STS 341/2020 2 de junio, 351/2020 24 junio y 861/2021 13 diciembre".

derecho de uso de la vivienda familiar, que no es otra que proteger al más débil en la medida que tiene un marcado carácter asistencial¹⁸.

Todo lo dicho, no implica que los Tribunales en el caso de hijos mayores dependientes económicamente, determinen la atribución del uso al progenitor con el que convivan, por ser el de este, el interés más digno de protección; atribuciones que habrán de ser resueltas en cada caso, lo que va a evitar por lado y en definitiva un automatismo no deseable en las resoluciones judiciales. En este sentido la STS 5 septiembre 2011, confirma que mientras que la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, “no ocurre igual en el caso de los mayores, salvo que una Ley así lo establezca”¹⁹.

La reforma que entró en vigor el 3 de septiembre del 2021, si hace especial mención a la minoría de edad de los hijos comunes, por tanto, de existir hijos mayores dependientes y de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del número 1 del relacionado artículo habrá de entenderse que:

“Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica, se atenderán según lo previsto en el Título VI de este libro, relativo a los alimentos entre parientes”

Y en base a ello, podría darse avalada la doctrina anterior, en referencia a que al regularse los alimentos de los hijos mayores de edad, por lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes CC, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dispuesto sobre alimentos que reciba el hijo mayor, y salvo situación de discapacidad al tiempo de la nulidad, separación o divorcio y que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda, habría de aplicarse en realidad el número 2 del artículo 96 CC, según el cual: “No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Como ha reiterado la doctrina jurisprudencial menor ²⁰, en los supuestos en los que los hijos fruto de la relación matrimonial son mayores de edad, el criterio

18 RUBIO TORRANO, E.: “El interés más necesitado de protección entre la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal* (8), 2011, pp. 11-13.

19 STS 5 septiembre 2011 (EDJ 2011/226238): “que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte un factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder”.

20 SAP Asturias 10 diciembre 2020 (EDJ 2020/803329).

prioritario para la atribución del uso de la vivienda familiar, será el determinado por el párrafo 3° y no párrafo 1° del art. 96 CC, en base al criterio jurisprudencial de que “ la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor de lo dispuesto en el art. 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge cuando las circunstancias lo hicieren aconsejables, y su interés fuera el más necesidad de protección”, criterio reiterado entre otras en las SSTs 30 marzo 2012²¹ y 30 de marzo del 2016²², por lo que debe considerarse correcto que la vivienda se atribuya con carácter temporal normalmente hasta la liquidación de la sociedad de gananciales”.

En todo caso, es de resaltar que, en los últimos años, incluso con anterioridad a la reforma del año 2021, va surgiendo una corriente doctrinal que entiende más que conveniente, necesario el flexibilizar la rigurosidad que queda plasmada en el número 1 del art. 96 CC, y por ende admitiendo en no pocas resoluciones que, la quiebra de la conexión entre la guarda y custodia y el uso de la vivienda familiar a la hora de conectar esta medida con la prestación de alimentos.

Y el espíritu de esa corriente intenta conciliar por un lado la protección del interés superior del menor con los intereses patrimoniales de sus progenitores, cuyas situaciones económicas pueden resultar devastadas con la aplicación rigurosa y taxativa del primer número del art. 96 del texto legal.²³ Es relativamente frecuente que el cónyuge- progenitor no custodio se encuentre en la tesitura no solo de salir del que ha sido su domicilio habitual, buscando necesariamente una solución habitacional, sino además abonar las pensiones por alimentos, e incluso y no es poco habitual los pagos hipotecarios de la vivienda que no ocupa. En la práctica y cada vez con mayor asiduidad, nos encontramos con padres que vuelven a su adolescencia, a convivir a su vez con sus padres, lo que además no deja de resultar problemático también, en las situaciones de las visitas y relaciones paternofiliales con los hijos de los que no tiene la custodia. Es por ello que desde esta novedosa perspectiva la atribución del uso de la vivienda familiar, no va a considerarse como medida automática derivada de la concesión a un progenitor de la guarda y custodia de los hijos menores; asumiéndose igualmente no ser contrario a la

21 STS 30 marzo 2012 (EDJ 2012/59909). Se declara que “no existiendo menores debe atribuirse excepcionalmente al cónyuge no titular. La Sala declara que las hijas no tienen la titularidad del derecho de uso respecto de la vivienda. No cabe vincular el derecho de uso de la vivienda con la prestación alimenticia. La convivencia de la madre con las hijas mayores no es un interés digno de protección, y en el caso de que necesiten alimentos, el obligado al pago puede decidir donde proporcionarlos...”.

22 STS 30 marzo 2016 (EDJ 2016/30627): “ ..Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho de usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que una vez alcanzada la mayoría de edad, a subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad, habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes CC...En dicha tesitura la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores.”.

23 BLANDINO GARRIDO, M.A: “La contribución a las necesidades de los hijos”, cit. pp. 5.

norma su interpretación en la que se va a limitar temporalmente el derecho de uso. Siendo en todo caso exigible que la necesidad habitacional del hijo menor quede asegurada, considerando de forma expresa que han de ser compatibles los derechos del menor siempre y en todo caso prevalente, con los derechos patrimoniales de sus padres²⁴

III. ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CUSTODIAS COMPARTIDAS.

La Ley 15/2005 de 8 de Julio por la que se modificaba una parte importante del CC y de la LEC en materia de separación y divorcio, se introduce de forma expresa la guarda y custodia compartida, a través de la modificación del art. 92 CC. Esta ley no hizo más que responder a las nuevas necesidades sociales, y a la nueva forma de entender y sentir no solo la maternidad, sino la paternidad y se patentizó en los tribunales por un incremento en la interposición de procedimientos solicitando la custodia compartida, lo que viene a plantear un problema a la casi automática atribución de la vivienda familiar al cónyuge custodio, por cuanto los hijos no quedan en compañía de uno de los progenitores sino de los dos.²⁵

Es necesario en primer lugar asumir que el art. 96.l CC, y pese a la cada vez más habitual guarda y custodia compartida, presupone en su literalidad el establecimiento del régimen de custodia monoparental al determinar que “ el uso de la vivienda familiar... corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía se queden”. En realidad, en el momento en que fue redactado el antiguo art. 96 CC, podría entenderse coherente con la general idea contraria a la guarda y custodia compartida por parte del legislador entendiendo como la mayoría de los Tribunales que era la madre, quien podía ejercer esa función con especial dedicación y casi por su propia naturaleza; concepción que se ponía de manifiesto en la ausencia a cualquier tipo de referencia a la custodia compartida, hasta la Ley del 2005 de 8 de julio, por la se concedió la posibilidad de que pudiera ser otorgada la custodia compartida “ cuando así lo solicitasen los padres en la propuesta de convenio regulador o alcanzasen ese acuerdo en el transcurso del procedimiento”. E incluso se otorgaba al juez la posibilidad (apartado 8 del art. 92 CC), de acordar la custodia en un procedimiento contencioso, siempre que se entendiera la mejor forma de protección del menor, en base al favor filii, y fuese solicitado por uno de los cónyuges, y con el informe favorable del Ministerio Fiscal²⁶ y procurando no separar a los hermanos.

24 STS 20 noviembre 2018 (EDJ 2018/638790): “ el interés superior del menor no puede desvincularse absolutamente del interés patrimonial de sus progenitores, cuando es posibles conciliarlos”.

25 PARDO PUMAR, M.J: “ La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial”, *Estudios Institucionales*, 2019, vol. VI, núm. 10, pp. 7-20.

26 STC 185/2012, de 17 octubre (RTC 2012/185). Por la que se estima la cuestión de inconstitucional y, en consecuencia, se declara inconstitucional y nulo el inciso “ favorable” contenido en el art. 92.8 del CC, según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

A pesar de los estrictos términos previstos en el art. 92 CC, una consolidada corriente doctrinal ha venido extendiendo progresivamente la adopción de este sistema, que en la actualidad ya no se califica de excepcional, sino por el contrario una figura incluso deseable; y por ello generalizada a custodia compartida, la experiencia ha demostrado que la atribución del uso rotatorio o alterno de la vivienda familiar-la llamada casa nido-, es una medida que ha demostrado tener más inconvenientes que ventajas. De tal forma que el TS viene descartando el sistema por cuanto lo entiende como no compatible con la capacidad económica de los progenitores obligados a tener “ tres viviendas”, unido a la posible conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común²⁷.

Podría pensarse que tras la reforma llevada a cabo del artículo 92 CC por la Ley 15/2005 de 8 de julio debería haber dado lugar a algún tipo de mención en el articulado la ley sustantiva, en relación a los criterios a seguir por el Juzgador para la atribución del uso de la vivienda familiar cuando la custodia de los hijos es la compartida, pero lo cierto es que ni antes ni después de la reforma llevada a efecto a través de la Ley de 2 de junio de 2021, en el art. 96 ni en ningún otro, hay algún tipo de regulación al respecto, lo que vendría a suponer un tanto en “ la casilla del debe” de la Ley 8/2021, por cuanto se ha perdido una oportunidad de regular un asunto que tal y como muestran las estadísticas, es de plena actualidad; sin poder olvidar, y así se demuestra cada día en los tribunales que habiendo un número importante de procedimientos de separación y divorcios en los que no se consigue que los cónyuges lleguen a acuerdos que den lugar a instar la vía consensuada, y por el contrario se entregan a largos procedimientos en una lucha por contrapuestos intereses que se prolongan durante años y sirviendo de prueba la práctica forense donde la atribución del uso de la vivienda familiar una de las cuestiones más conflictivas.

Asumida la guarda y custodia compartida, pero desaconsejado el uso rotatorio de la vivienda familiar, en los supuestos en que no puede conseguirse el acuerdo de los progenitores en cuanto a la adscripción de la vivienda a los menores- supuestos a los que se ha categorizado como casa nido-, se ha propuesto que aquel de los progenitores que por razones objetivas, sean económicas, de salud, o simplemente por ser titular o no disponer del uso de otra o tenga más dificultades de poder acceder a otra vivienda, que cuente además con las condiciones necesarias para ejercer la custodia durante los periodos que le correspondan, será a quien se le otorgue el uso de la vivienda familiar, aunque la adjudicación no lo sea de forma indefinida, sino temporal, y por tanto de forma similar a los supuestos establecidos por el art. 96 para aquellos cónyuges de matrimonios sin hijos; es decir habrá de

27 STS 5 abril 2019 (EDJ 2019/564270). Se confirma en relación con la custodia compartida, que el uso de la vivienda familiar a ambos progenitores, cuando no es compatible con su capacidad económica y el buen mantenimiento de la vivienda común pueda ser causa de conflictividad.

aplicarse el número 2 del art.: “no habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”²⁸.

Dada la inexistencia de regulación, el único criterio aplicable, es que en el caso de custodia compartida, será el juez el que decida pero sin pautas prefijadas por el legislador, aunque la lógica determina que habría de aplicarse en esos supuestos y a falta de acuerdo entre los progenitores, lo dispuesto en número 2 del relacionado artículo, y por tanto será la salvaguardia del interés del progenitor más necesitado de protección el criterio decisivo, salvo que el interés preferente de los hijos aconseje que no salgan de la vivienda familiar y que sean los progenitores los que alternativamente lo hagan.

La STS 6 julio 2020²⁹ viene a confirmar en referencia a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda compartida sobre los hijos menores, que la regla aplicable, es el párrafo cuarto del número 1 del artículo 96 CC, que regula el supuesto que, “ cuando alguno de los hijos quede en compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente”. Textualidad del artículo prácticamente idéntica a la existente con anterioridad a la reforma del año 2021, afirmándose entonces 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”. En todo caso, antes y ahora esta norma obliga a los Tribunales a llevar a cabo una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores como son, y en primer lugar la búsqueda del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, el hecho de verificar si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero; y en ambos supuestos con la posibilidad de imponer la

28 En este sentido, STS 22 septiembre 2017 en cuanto afirma que “ cuando se valora que no existe riesgo de poder en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades el criterio de la sala es que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue vivienda familiar y deben amortizarse 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 STS 3 enero 2022, atendiendo a las circunstancias concurrentes, entiende que no procede la fijación de un plazo exiguo de tres meses para la atribución del uso a la madre, y aprecia que la recurrente de tres meses para la atribución del uso a la madre y aprecia que la recurrente podía mantener el uso de la vivienda familiar hasta la venta o liquidación de la sociedad de gananciales.

29 STS 6 julio 2020 (EDJ 2020/592987): La atribución del uso de la vivienda familiar, en supuestos de custodia compartida de los hijos menores. La Sala determina que para contribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores en caso de custodia compartida sobre los hijos menores ha de realizarse un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en cada caso, atendiendo en primer lugar al interés más necesitado de protección, siendo éste el que permite compaginar los periodos de estancias de los hijos con sus padres, y en segundo lugar, al carácter privativo, común o de un tercero de la vivienda familiar, pudiendo, además, establecer un límite temporal en atribución del uso.

fijación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos.

Ya la STS 20 febrero 2018³⁰ establecía, y haciendo referencia a otra sentencia anterior STS 22 septiembre 2017, que “el artículo 96 CC establece los criterios que debe tener en cuenta el juez para atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar en caso de que no exista acuerdo de los progenitores o que el acuerdo no supere el control de lesividad a que se refiere el art. 90.2 CC. Pero el artículo 96 no contempla el caso de que se haya acordado la custodia compartida. En ausencia de una previsión legal, la Sala ha declarado que no procede la aplicación del primer párrafo del art. 96 CC, dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno de los progenitores y ha venido entendiendo que debe aplicarse por analogía el párrafo segundo del artículo 96 CC del que resulta que, en defecto de acuerdo de los cónyuges “el juez resolverá lo procedente”.

Por tanto, queda confirmada como doctrina jurisprudencial, y que ha sido asumido por la reforma llevada a cabo por la Ley 5/2021 de 2 de junio, que, en casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (por no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos), para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los periodos en los que le corresponde a los hijos en su compañía.

IV. CONCLUSIONES.

Como corolario de este estudio, podría afirmarse que la interpretación del artículo 96 CC dada las lagunas que el texto incluso mantiene con la reforma, ha dado lugar a continuas y contradictorias interpretaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales, lo que conlleva una falta de seguridad jurídica que claramente no merece un tema de tal vital transcendencia para las familias y para su derivación en la norma.

Sería más que conveniente, necesario el efectuar algunas precisiones en el texto para evitar automatismos en los casos en los que se atribuya la vivienda familiar a los hijos menores y al progenitor en cuya compañía se queden, al no prever la posibilidad ni lejanamente de poder atribuir la vivienda familiar al progenitor no custodio en el caso de que su situación haga más difícil el poder acceder a otra vivienda, y teniendo el cónyuge custodio recursos suficientes para proteger el derecho de los hijos menores.

30 STS 20 febrero 2018 (EDJ 2018/9567): En los supuestos de establecimiento de una custodia compartida es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda para que esta forma puede llevarse a cabo la convivencia durante los periodos en los que corresponda tener a los hijos en su compañía.

Del mismo modo, debería regularse de forma más precisa la referencia a la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, por cuanto el criterio o mejor la falta de criterio da lugar a un término de atribución ambiguo, al indicar que el juez atenderá a "*lo procedente*". Sería más claro y evitaría dudas, el incluirse como criterio a atender por el Juez, el concepto del interés más necesitado de protección, que es además el que al que se alude de forma abstracta y sustituir así el actual criterio, apuntándose además que, entre los factores a atenderse por el juez para determinar ese interés, aquellos como los recursos económicos del grupo familiar; el número de hijos que quedan con el otro progenitor; la edad de los hijos, la salud de los hijos y en su caso de los cónyuges, y la posible disponibilidad de otras viviendas.

Tampoco existe en el precepto, la regulación de cuales podrían ser los criterios por aplicar en los supuestos de custodia compartida, y ello en referencia a las dos posibles modalidades de llevar a cabo este tipo de custodia, bien que los hijos permanezcan en la vivienda familiar y sean los padres los que se alternen en las mismas o que uno de los cónyuges permanezca en la vivienda y sean los hijos los que se desplacen. La respuesta nuevamente está en la jurisprudencia que entiende que la primera de las modalidades es una "medida gravosa para los cónyuges" y si se prolonga durante un largo periodo se convierte en una fuente segura de conflictos y que es la segunda opción, esto es la que uno de los cónyuges continua en la vivienda, y son los hijos los que se desplazan a los respectivos domicilios, tal vez el mejor sistema porque con esta modalidad se evitan conflictos que repercuten negativamente en los hijos.

En todo caso, resulta innegable que, a la hora de decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, el juez o tribunal ha de tener presente siempre el llamado interés supremo del menor, pero ello sin que implique obviar otros derechos, el de los progenitores que harán de ser ponderados, precisamente para evitar posibles incumplimientos e incluso posibles delitos.

BIBLIOGRAFIA

BLANDINO GARRIDO, M.: "La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos a través de los alimentos", en AA.VV.: *Viviendas y colectivos Vulnerables* (dir. M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* dir. M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar", en AA.VV.: *GPS Familia* (dir. J.R. DE VERDA BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CUENA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (coord. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2022.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: " De los efectos comunes a la Nulidad, Separación y Divorcio. Artículo 96", en AA.VV.: *Comentarios al Derecho Civil, Tomo I* (coord. R. BERTOVIZ RODRÍGUEZ) , Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A. "Principales novedades del artículo 96 del CC tras la reforma del 2021", *Diario La Ley* (n. 9990), 2022.

GARCÍA MAYO, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 del CC", en AA.VV.: *Viviendas y colectivos Vulnerables* (dir. M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia el Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil*, VI(3), 2019.

PARDO PUMAR, M, J: "La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial", *Estudios Institucionales, Estudios Institucionales*, 2019, vol. VI, núm. 10. 2019.

RUBIO TORRANO, E.: "El interés más necesitado de protección entre la atribución del uso de la vivienda familiar", *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal* (8), 2011.

