

LA INACABADA REFORMA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA  
VIVIENDA FAMILIAR EX ART. 96 CC

*THE UNFINISHED REFORM OF THE ATTRIBUTION OF FAMILY  
HOUSING EX ART. 96 CC*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 98-143*



Federico  
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

**RESUMEN:** La modificación de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha dado nueva redacción al art. 96 del Código Civil, no solo para referirse a las personas con discapacidad, sino para resolver o, al menos, intentarlo, algunos de los problemas que había suscitado la aplicación de este precepto. El fin de este trabajo es, así, reflexionar tanto sobre tales modificaciones, como sobre aquellas otras que, aun siendo necesarias, no se han llevado a efecto.

**PALABRAS CLAVE:** Vivienda familiar; atribución judicial del uso; propiedad, posesión; divorcio; custodia compartida; derecho real; adulto con discapacidad.

**ABSTRACT:** *The modification of civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has rewritten art. 96 of the Civil Code, not only to refer to people with disabilities, but to solve or, at least, try to do so, some of the problems that the application of this precept had raised. The purpose of this work is, thus, to reflect both on such modifications and on those others that, although necessary, have not been carried out.*

**KEY WORDS:** *Family home; judicial allocation of use; property; possession; divorce; shared custody; real right; adult child with disability.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INICIAL REGULACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.-I. La atribución de la vivienda familiar en el anterior art. 96 CC.-III. LA REGULACION DE LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA EN EL NUEVO ART. 96.- La atribución del uso cuando existen hijos menores y mayores de edad.- 2. La existencia de hijos mayores sin independencia económica.- 3. La atribución de la vivienda e hijos con discapacidad.- 4. Atribución de la vivienda y reparto de hijos comunes.-5. Atribución vivienda cuando no existen hijos comunes.- IV. LAS CARENCIAS DEL NUEVO PRECEPTO.- 1. Atribución del uso la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida.- 2. Atribución del uso de una vivienda distinta a la que ha servido de domicilio conyugal.- 3. La división material de la vivienda familiar.-4. La regulación de los gastos generados respecto de la vivienda familiar tras la atribución del uso.- 7. La compensación económica al cónyuge que queda sin vivienda.- 8. Falta de regulación de las causas de extinción del uso de la vivienda.- 9. La exclusión de la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de precario.-V. LA DISPOSICIÓN CONJUNTA DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL NUEVO ART. 96.- I. La disposición conjunta de la vivienda familiar.- 2. Las novedades en materia de disposición conjunta**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

En defecto de acuerdo de los cónyuges en convenio regulador homologado por la autoridad judicial la atribución del uso de la vivienda tras una crisis matrimonial que ha finalizado con una sentencia de nulidad, separación o divorcio se ha venido regulando en el art. 96 CC. Así ha sido desde que este precepto fuera modificado por el art. 1 de la Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Este artículo ha permanecido sin ser modificado durante cuarenta años, hasta que finalmente lo ha sido por 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. En este trabajo nos proponemos analizar el alcance de las nuevas reformas que no se han limitado a la regulación de la concesión del uso de la vivienda cuando existen hijos con discapacidad, sino que también se han incorporado algunas de las soluciones propuestas por la doctrina a tenor de los pronunciamientos judiciales sobre la materia. Asimismo, serán objeto de nuestro estudio aquellas carencias de las que adolece el nuevo precepto aun a pesar de que algunas de ellas ya habían sido puestas de manifiesto por la doctrina desde hacía tiempo. No obstante, tal como se colige del título de este trabajo nuestra intención es poner el foco especialmente en el aspecto relativo a la limitación de la duración de la atribución de la vivienda que había constituido el hogar familiar del matrimonio hasta que se ha producido una crisis familiar que ha derivado en una sentencia de nulidad, separación o divorcio. Antes de entrar en materia, simplemente señalar la existencia de una historia paralela con la pensión por desequilibrio económico, puesto

### • Federico Arnau Moya

Profesor Contratado Doctor Derecho civil, Universitat Jaume I (España). ORCID: 0000-0002-8434-6708. Correo electrónico: arnauf@uji.es.

que aquella figura en su origen tampoco estuvo sometida a ninguna limitación temporal. En la versión inicial del art. 97 CC donde se regula aquella pensión no había ninguna mención expresa respecto de su duración. Así pues, en un principio, la doctrina y la jurisprudencia únicamente admitieron su carácter indefinido para finalmente aceptar con carácter general su temporalidad y excepcionalmente su carácter indefinido. Finalmente, el legislador ha incorporado aquel sentir doctrinal y jurisprudencial en la última versión del precepto<sup>1</sup>, en consecuencia, ahora se contempla expresamente la doble posibilidad su fijación con carácter temporal o indefinido<sup>2</sup>. De modo parecido ha sucedido con la atribución de la vivienda familiar, en defecto de acuerdo de los cónyuges, donde en la anterior versión del art. 96 no se establecía plazo alguno cuando la vivienda se atribuía a los hijos y al cónyuge con el que quedasen. Por el contrario, en el apartado III del art. 96 CC sí que se preveía una limitación temporal cuando se atribuía la vivienda familiar al cónyuge no titular cuando no hubiese hijos comunes. Con el tiempo, la jurisprudencia también llegó a admitir la posibilidad de la limitación temporal en el caso de la existencia de hijos comunes menores que llegaba hasta el momento de alcanzarse la mayoría de edad<sup>3</sup>. Aunque finalmente, el legislador ha terminado admitiendo la posibilidad de limitar temporalmente la duración de ambas figuras lo ha hecho en tiempos muy separados, la pensión por desequilibrio se modificó en el año 2005 y la atribución de la vivienda familiar en el 2021. Estimamos que el legislador debería de haber aprovechado la oportunidad que le brindó la Ley 15/2005, en la que se introdujo la figura de la custodia compartida, en vez de haber demorado la reforma hasta el año 2021<sup>4</sup>. Por otro lado, la excesiva demora en regular de nuevo la atribución de la vivienda familiar no se ha visto compensada

- 1 La vigente redacción del art. 97. I CC fue efectuada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: "El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia".
- 2 ARNAU MOYA, F.: "La temporalidad de la prestación compensatoria. Una evolución jurisprudencial y legislativa" en AA.VV.: *El nuevo derecho de la persona y de la familia: (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Reyes Barrada Orellana (aut.), Martín Garrido Melero (aut.), Sergio Nasarre Aznar (aut.), pp. 313-326; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y BUENO BIOT, A.: "La temporalidad de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del tribunal supremo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, pp. 776-797; ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "La extinción de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una revisión (crítica) de la STS 31 enero 2022", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 252-281.
- 3 La STS 23 abril 2004 (Tol 392352), en un caso en que la vivienda familiar fue objeto de subasta pública ante los impagos de las cuotas de la hipoteca que la gravaba se estima que "El derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el art. 96 CC, se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad; en la sentencia de divorcio de 1988 se atribuye el uso de la vivienda a doña X teniendo en cuenta lo establecido en el art. 96 del Código Civil, de lo que cabe colegir que tal atribución, al no fijarse un límite temporal de acuerdo con el art. 96.3, se hizo en razón a existir un hijo del matrimonio menor de edad cuya guarda y custodia se encomendaba a la madre. El mantenimiento de eficacia del derecho de uso así concedido, con carácter indefinido, durante toda la vida de la beneficiaria del mismo, frente a los terceros adquirentes de buena fe, contraviene esos caracteres esenciales del derecho, de provisionalidad y temporalidad, y entraña el que las necesidades familiares (inexistentes en estos momentos al haber alcanzado hace años su mayoría de edad el hijo menor del matrimonio, tenía 17 años en 1988) sean sufragadas por terceros extraños, a quienes, en todo momento, se les ocultó la existencia de ese derecho de uso".
- 4 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

con una exhaustiva regulación de la figura. No ha sido una decisión acertada que se haya utilizado para actualizar el art. 96 CC una ley cuya preocupación principal es la de regular la nueva situación jurídica de las personas con discapacidad. Nos atrevemos a decir que de haberse efectuado la reforma del art. 96 CC en una ley específica para cuestiones de separación y divorcio el legislador habría efectuado una reforma mucho más completa del citado precepto<sup>5</sup>. Por otro lado, no se termina de entender como el legislador no ha aplicado al reformado art. 96 CC alguna de las medidas que para ese mismo precepto había previsto el malogrado “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas adoptar tras la ruptura de la convivencia” del año 2014 (en adelante “el anteproyecto de corresponsabilidad parental”)<sup>6</sup>. Asimismo, el legislador podría haber incorporado algunas de las medidas previstas en la “Propuesta de Código civil” de la Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC), así como aquellas otras que han sido incorporadas por los Derecho Forales<sup>7</sup>. Finalmente, tampoco se ha aprovechado la doctrina jurisprudencial en materia de custodia compartida así como la relativa a las parejas de hecho para incorporar medidas que regularan la atribución de vivienda en ambos casos.

- 5 TENA PIAZUELO, I.: “Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales” en AA.VV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. M.V MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO”, Aranzadi, 2022, disponible en <https://insignis.aranzadigital.es/>. Consultado: 15-09-2022, pp. 38 y ss., estima que el legislador podría haberse esforzado un poco más con la reforma y evitar la inseguridad jurídica. El legislador podría haber efectuado desarrollado una casuística mucho más detallada para el art. 96 CC. Asimismo, entiende que se podrían haber tenido en cuenta algunas de las medidas de la propuesta de nuevo Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC). ORDÁS ALONSO, M.: “9. La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la ley 8/2021 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”, en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 309 y 310, pone de relieve la insuficiencia de la reforma al referirse a la misma con el calificativo de “modesta”. No obstante, le reconoce el mérito de clarificar el texto del art. 96 CC en algunos puntos que habían sido controvertidos en la práctica como que la referencia a los hijos son únicamente los menores de edad hasta que cumplen la mayoría de edad, la inclusión de referencias a los discapacitados y la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Sin embargo, también enfatiza las carencias del nuevo precepto al mantener algunas de las lagunas de la anterior versión del precepto, así como la utilización de una deficiente técnica legislativa en la que se ha utilizado en demasía de conceptos jurídicos indeterminados. En consecuencia, termina afirmando que la reforma del art. 96 CC se puede calificar de insatisfactoria.
- 6 En el art. 96 CC previsto en el “anteproyecto de corresponsabilidad parental”, figuraban algunas propuestas que no han sido incluidas en nuevo art. 96 CC: en primer lugar, se regulaba la atribución de vivienda en el caso de custodia compartida (párrafo 2). En segundo lugar, la determinación de a que cónyuge le corresponde el pago de los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, así como el pago de los gastos de comunidad y suministros. También se prevé como se ha de satisfacer, en su caso, el pago de las cuotas de la hipoteca que grave la vivienda familiar. Finalmente, se prevé el caso en el que una vivienda se detente por tolerancia de un tercero (precario)
- 7 La propuesta de Código civil de la APDC está disponible en: [https://www.derehocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](https://www.derehocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf) Consultado el 28-10-2022.

## II. LA INICIAL REGULACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

### I. La atribución de la vivienda familiar en el anterior art. 96 CC.

La regulación de la atribución de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales en el art. 96 CC tiene lugar con ocasión de la Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. En el art. 1 de la conocida como ley del divorcio se introduce un nuevo art. 96 CC, que ha se ha mantenido inalterado hasta la reforma de 2021, en el que se establecía que: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

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

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”<sup>8</sup>.

Esta inicial versión del precepto responde a una visión tradicional de la familia imperante en la época de su redacción, pero ampliamente superada por el devenir de los tiempos. Se trataba del clásico supuesto en el que el padre era el único cónyuge que trabajaba mientras que la mujer permanecía en el hogar conyugal al cuidado de los hijos comunes. Esa tradicional concepción de la familia ha quedado superada por la amplia incorporación de la mujer al mercado de trabajo a finales del siglo pasado<sup>9</sup>. Por otro lado, este precepto está pensando en una custodia monoparental, que era la única contemplada cuando se redactó el precepto en el año 1981. Sin embargo, desde el año 2005 con la incorporación de la incorporación

8 El Código civil francés utiliza una particular solución en su art. 285.I al decir que: “Cuando el inmueble que sirva de vivienda a la familia pertenezca, privativa o personalmente, a uno de los esposos, el Juez podrá entregarlo en arrendamiento al cónyuge que ejerza solo, o conjuntamente con el otro, la patria potestad sobre uno o varios de sus hijos, cuando éstos residan habitualmente en esa vivienda y lo requiera su interés”.

El Juez fijará la duración del arrendamiento y podrá prorrogarla hasta la mayoría de edad del hijo más joven. El Juez podrá resolver el arrendamiento si nuevas circunstancias lo justificaran”.

9 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “I. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 36.

de la custodia compartida en el Código civil ahora se cuenta con dos modalidades de guarda y custodia. De ahí que sea absolutamente incomprensible como dieciséis años después de aprobarse la custodia compartida el legislador no haya aprovechado la reforma del año 2021 para incorporar en el nuevo art. 96 CC una medida para regular la atribución de vivienda en este tipo de custodia.

Este precepto también responde a la idea de procurar que los menores queden en la misma vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, junto con el progenitor al que se le haya atribuido su custodia, el conocido como progenitor custodio. Solución esta que presupone que esta solución es la más favorable para los hijos comunes<sup>10</sup>. En la redacción anterior del art. 96 CC, tal como hemos mencionado, no figura ninguna referencia expresa a la limitación temporal del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario cuando este se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96. I CC). Tampoco se hace ninguna referencia a la existencia plazo alguno en concesión del uso de la vivienda cuando la guarda y custodia de los hijos se reparte entre los cónyuges y algunos hijos quedan en compañía de uno de los cónyuges y el resto con el otro (art. 96.II CC). Por el contrario, sí que existe una referencia expresa a la temporalidad de la cesión del uso de la vivienda en el supuesto de que no existan hijos, en cuyo caso el art. 96. III estima que “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular [ ...]”. No obstante, desde principios de los noventa del siglo pasado en la doctrina, aún a pesar de la parquedad de la redacción del precepto en la doctrina ya estima que el derecho de uso exclusivo que se establece en el art. 96 CC tiene carácter temporal habida cuenta de la finalidad asistencial de la vivienda. En consecuencia, cuando desaparezcan las razones por la que se atribuyó el uso de la vivienda al cónyuge no titular deberá devolver la posesión a quien sí que lo es<sup>11</sup>.

## 2. Caracteres de la atribución de vivienda ex art. 96 CC.

El original art. 96 CC desde un punto de vista estructural estaba dividido en cuatro párrafos sin numerar. No obstante, atendiendo a su contenido, en el mismo se regulaban dos cuestiones perfectamente diferenciadas: por una parte, se establecían los criterios de asignación del uso de la vivienda (párrafos I a III) y por otra se fijaban los requisitos para la realización de actos de disposición sobre la vivienda familiar cuando esta ha sido asignada al cónyuge no titular (IV)<sup>12</sup>. La

10 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 26.

11 ROCA TRIAS, E.: “Comentario del art. 96 CC”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 399, estima que el carácter temporal de este derecho implica la no exclusión del titular de modo que cesada la situación que le impedía el uso de la vivienda familiar podrá ejecutar las acciones oportunas para recuperarla desde que cesa la obligación de soportar la posesión de los no titulares.

12 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario del art. 96”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, Tomo I (arts. 1 a 151), (dir. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1000.

existencia de esta doble regulación se mantiene en el nuevo precepto si bien ahora los criterios de atribución de la vivienda se contemplan en los párrafos numerados como 1 y 2, mientras que de la disposición de la vivienda familiar se ocupa el nuevo párrafo 3. En nuestra opinión debería haberse aprovechado la reforma para haber regulado la disposición de la vivienda en nuevo precepto separado todas las cuestiones relativas a la atribución de la misma.

Las normas relativas a la asignación de la vivienda son de Derecho dispositivo tal como se deduce de la combinación de los arts. 90.l.c) y nuevo art. 96.l CC. En el primero de ellos se establece que el convenio regulador deberá contener toda una serie de extremos entre los que se encuentra “La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar”. A su vez, el art. 96. l se aplicará “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial”<sup>13</sup>. En consecuencia, en el art. 96 CC se establecen las medidas que el juez puede aplicar en un procedimiento de separación o divorcio contencioso o cuando no se haya aprobado en el convenio regulador ese concreto aspecto de la atribución de la vivienda familiar<sup>14</sup>. En ocasiones, en una demanda de modificación de medidas definitivas al amparo del art. 775 LEC se ha intentado sustituir lo pactado en el convenio por una de las previsiones del art. 96 CC<sup>15</sup>. La jurisprudencia ha mantenido que aquellas medidas de atribución de la vivienda aprobadas en convenio regulador judicialmente homologado sólo podrán modificarse en el caso de que existiera una alteración significativa de las circunstancias que en su momento dieron lugar al pacto contenido en el convenio regulador<sup>16</sup>. La atribución del uso de la vivienda familiar

13 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 25.

14 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1000. GARCÍA MAYO, M.: “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3 (julio-septiembre, 2021), Estudios, p. 187, estima que este precepto se refiere a atribución de la vivienda en las medidas definitivas.

15 Artículo 775. Modificación de las medidas definitivas. 1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.

3. Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773.

16 En la STS 20 abril 2022 (Tol 8917144) en un caso de custodia exclusiva, en el convenio regulador, se atribuye la vivienda a la madre y los dos hijos menores hasta que alcancen independencia económica. Años después el exmarido interpone demanda de modificación de medidas definitivas para que se aplique la doctrina jurisprudencial que atribuye la vivienda familiar a los hijos menores de edad exclusivamente hasta la mayoría de edad del más pequeño de los hijos. Se desestima el recurso puesto que las medidas adoptadas de manera consensuada solo pueden modificarse por la existencia de cambios significativos. No se ha probado que hayan “nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges aconsejen la modificación (art. 90.3 CC)”. Asimismo, en la STS 8 marzo 2017 (Tol 5990945), estima que debe mantenerse al padre en la atribución de la vivienda familiar, propiedad privativa suya, tal como se pactó en el convenio regulador. En el se establecía un plazo de tres años desde la firma del convenio para que la esposa e hijo común abandonaran la vivienda. La esposa y el hijo común están viviendo en casa de la madre de la actora. No se ha probado la existencia de alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su aprobación para asignar el uso de la vivienda familiar en la forma en que



ex art. 96.I CC va acompañada por el uso de los “objetos de uso ordinario” de ella<sup>17</sup>. En la doctrina se estima que dentro de la expresión objetos de uso ordinario se comprenden también los anejos a la misma como la plaza de garaje y el trastero<sup>18</sup>.

La naturaleza del derecho de uso de la vivienda ha sido una de las cuestiones más debatidas por la doctrina y la jurisprudencia en el Derecho de familia. Por una parte, se ha llegado a mantener por el Tribunal Supremo, si bien con escaso éxito, que se trata de un derecho de naturaleza real oponible *erga omnes*<sup>19</sup>. No obstante, finalmente, se ha impuesto la corriente que defiende que se trata de un derecho de carácter familiar que corresponde tanto al cónyuge custodio en el caso de la existencia de hijos comunes como aquel en el que concurre un interés más necesitado cuando no hay hijos comunes<sup>20</sup>.

---

lo hicieron. La aprobación judicial del acuerdo es una manifestación expresa de que el interés del menor estaba protegido.

- 17 En la reforma de 2021 se ha mantenido inalterado el inciso inicial del art. 96 CC que establece que “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 [...]”. No obstante, este primer párrafo ha sido modificado a partir de ese concreto punto.
- 18 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1002, comenta que la doctrina de las Audiencias Provinciales no es unívoca respecto de cuáles son los objetos de uso ordinario, si bien ha venido manteniendo el criterio de la unidad de la vivienda y de sus anejos. Ese criterio continúa siendo mantenido por la SAP Albacete (Sec. 1ª) 18 mayo 2020 (Tol 9137549) que estima que “puede ampliarse el concepto de vivienda familiar con determinados anejos, plaza de garaje o trasteros, pero no alcanza en ningún caso la previsión legal al reparto de bienes como los vehículos, por ser esta más bien una materia propia de la liquidación de la sociedad de gananciales”. Asimismo, en la SAP Granada (S.5ª) 25 febrero 2020 (Tol 9044743) se dice que “...por lo que se refiere al uso de la vivienda familiar, y concretamente a la materia relativa a la delimitación del espacio físico que ha de considerarse como tal a los efectos del art. 96 del CC, es claro que la misma tan solo alcanza a las dependencias, y sus anejos, destinados directamente a la satisfacción de las necesidades de habitación de la familia; debiendo quedar excluidos tanto los elementos como las edificaciones alternativas o independientes a disposición de la familia, tales como segunda vivienda, local de negocio, almacén o cualquiera otra de finalidad ajena a dicho interés”.
- 19 Las SSTS 18 octubre 1994 (Tol 1665543) y 13 de diciembre de 1991 (Tol 1741583) estiman que la atribución judicial de la vivienda en un proceso de familia constituye un derecho real de eficacia total oponible frente a terceros.
- 20 Se mantiene que se trata de un derecho de familia en el caso de las SSTS 6 febrero 2018 (Tol 6509285), 6 marzo 2015 (Tol 4786486), 8 octubre 2010 (Tol 1972276), (Pleno) 18 enero 2010 (Tol 1793037), (Pleno) 14 enero 2010 (Tol 1840576), 13 noviembre 2008 (Tol 1401711), 2 octubre 2008 (Tol 1378500), 26 diciembre 2005 (Tol 795335), 18 octubre 1994 (Tol 1665543). Es de destacar que las sentencias de 14 y 18 enero 2010 señalan que: “De la ubicación sistemática de este precepto [antiguo art. 96 CC] y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección” (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)”. En la STS 18 enero 2010 dice que “el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el art. 83.3 CF y el art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad”.

### III. LA REGULACION DE LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA EN EL NUEVO ART. 96.

El nuevo precepto, con independencia de las novedades que iremos comentado, mantiene a grandes rasgos la estructura de su antecesor. Si bien se ha pasado de cuatro a seis párrafos que están englobados dentro de tres apartados numerados. De modo que todavía es posible continuar distinguiendo en su seno dos normas: la de atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges (ahora en los apartados numerados como 1 y 2) y la que establece un sistema de disposición conjunta del hogar familiar parecido al art. 1320 CC (apartado 3º)<sup>21</sup>. Asimismo, sus previsiones continúan aplicándose, como no podía ser de otro modo, en “defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial”. En consecuencia, los cónyuges - en virtud del principio de autonomía de la voluntad- pueden pactar vías distintas a las previstas en el art. 96 CC, así pues, podrían acordar que la concesión del uso de la vivienda familiar se hiciera en favor del progenitor no custodio en aquellos casos en los que pueda haber una solución habitacional alternativa para los hijos y el cónyuge custodio<sup>22</sup>.

La actual redacción del precepto aun a pesar de contener interesantes novedades, sin embargo, ha dejado por regular toda una serie de cuestiones que venían siendo reiteradamente reclamadas por la doctrina como la relativa al uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida<sup>23</sup>.

#### I. La atribución del uso cuando existen hijos menores y mayores de edad.

Las reglas de atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes del nuevo art. 96.I CC son mucho más precisas que las recogidas en la anterior versión del precepto puesto que ahora se precisa que los hijos han de

21 A este doble contenido se refería ya ROCA TRÍAS, E.: “Comentario”, cit., p. 398, si bien respecto a los antiguos párrafos I a III y al IV. TENA PIAZUELO, I.: “Conflicto”, cit., p.10, entiende que el nuevo apartado del art. 96 se refiere a algo distinto al conflicto por la adjudicación de la vivienda familiar y tiene que ver con la defensa del cónyuge al que ya se ha adjudicado el su uso.

22 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 25. En parecidos términos se manifiesta CHAPARRO MATAMOROS, P.: “I. La atribución”, cit., p. 39, puesto que el nuevo art. 96.I CC, en materia de atribución de la vivienda familiar antepone en primer lugar el acuerdo de los cónyuges homologado judicialmente. No obstante, la necesidad de que el convenio regulador tenga que ser homologada por la autoridad judicial en cierto modo supone una merma de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. En especial cuando el juez se niegue a aprobar convenios en los que se ofrece al cónyuge custodio una vivienda alternativa a la familiar o incluso se ofrezca una solución económica para satisfacer las necesidades de alojamiento del otro cónyuge e hijos.

23 La inclusión de algún criterio para la atribución de la vivienda en los casos de custodia compartida ya había sido viniendo advertida por la doctrina desde que esa figura se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 15/2005. Así se pronunciaba en el año 2013, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1000, al decir que esta materia se encontraba “huérfana de regulación”. Esta falta de regulación en el nuevo art. 96 también ha sido objeto de crítica por la doctrina: CHAPARRO MATAMOROS, P.: “I. La atribución”, cit., p. 38, que estima que el nuevo precepto está pensado únicamente para el caso de la custodia monoparental por lo que carece de utilidad en los supuestos de custodia compartida.

ser comunes y menores de edad<sup>24</sup>. Existiendo esta clase de hijos, ante la falta de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial (el consabido convenio regulador) el derecho de uso de la vivienda familiar (y de los objetos de uso ordinario de ella) se les atribuirá a ellos “y al cónyuge en cuya compañía queden”, precisándose ahora que dicha atribución se realizará “hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad”. De modo que ahora se establece una limitación temporal respecto de derecho de uso de los hijos (la mayoría de edad) que no existía en la antigua versión del precepto.

El antiguo art. 96.l se limitaba a decir que “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”. Esta falta de precisión hacía que se planteasen dudas respecto a si la expresión hijos se refería solo a los menores o si también incluía a los mayores de edad que no tuvieran independencia económica y que todavía vivían con los progenitores<sup>25</sup>. Asimismo, se producían dudas respecto a si habían de ser comunes o no a ambos cónyuges.

La cuestión sobre la que más controversia se generó era la relativa al momento en que finalizaba el derecho de uso de los hijos sobre la vivienda familiar. Respecto de este punto, en la doctrina se habían llegado a mantener diferentes criterios: el primero, consistía en mantener la duración del uso de la vivienda familiar hasta que desapareciese la necesidad habitacional de los hijos. De modo que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores se podía prolongar más allá del momento en que alcanzaran la mayoría de edad<sup>26</sup>. Un segundo criterio establecía que en aquellos casos en que la vivienda perteneciera a ambos cónyuges, bien por tener carácter ganancial bien por ser copropiedad ordinaria de ambos, el uso de la misma podía atribuirse a los hijos menores de edad y al progenitor custodio si bien de manera temporal hasta que se disolviese y liquidase la sociedad de gananciales o se procediese a la venta del bien común. Con esta tesis podía llegarse a una situación radicalmente opuesta a la anterior puesto que los hijos menores podían verse privados del derecho de uso de la vivienda mucho antes de llegar a la mayoría de edad. Piénsese en el caso de los divorcios y separaciones con hijos muy pequeños. En tercer lugar, a mitad camino entre ambas tesis, se afianzó

24 GARCÍA MAYO, M.: “El uso de la vivienda”, cit. pp. 189-190, señala que el nuevo precepto soluciona los problemas que se originaba a la hora de interpretar si los hijos mencionados en el art. 96 CC tenían que ser comunes o no ambos cónyuges. En parecidos términos se refiere a los hijos mayores a los que tampoco se refería expresamente la redacción anterior de la norma comentada.

25 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1003, destaca que la lectura del precepto provoca la duda de si se refiere solo a los hijos menores o si también se aplica a los hijos mayores que no son independientes económicamente y que van a permanecer viviendo con uno de los progenitores. Señala la autora que el art. 96 [en su versión antigua] no utiliza en ningún momento ni la expresión menor ni tan siquiera la de custodia que podría contribuir a la misma solución.

26 CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, 2005, p. 39; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, 2005, p. 430.

aquella que establece que no cabe ninguna limitación al uso de la vivienda familiar por los hijos menores pero sólo hasta que alcancen la mayoría de edad<sup>27</sup>. De entre las sentencias que se adscriben a esta tesis hay que destacar la STS 1 abril 2011<sup>28</sup> en la que se formula como doctrina jurisprudencial que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”<sup>29</sup>. El supuesto de hecho de la sentencia se refiere a la ruptura de una pareja de hecho que tiene un hijo en común, en este caso la vivienda familiar pertenece en copropiedad a ambos convivientes. En la sentencia de apelación si bien no se discute que se pueda adjudicar el uso de la vivienda familiar al hijo y a la madre por aplicación analógica del art. 96. 1 a las parejas de hecho cuando existen hijos comunes, sin embargo, se limita el derecho de uso de la vivienda “hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes”. El Tribunal Supremo casa y anula esta sentencia manteniendo la de instancia en la que se adjudicaba el uso al hijo y a la madre, sin pronunciarse hasta cuando debía de mantenerse ese uso. En esta resolución se estima que la regla del [antiguo] art. 96 CC “no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja”. Se considera que el interés que aparece protegido es el del menor que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, señalando que entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC) y, en consecuencia, esta medida no puede estar sometida a limitación temporal alguna hasta que aquellos no sean mayores de edad. Además, se establece que la “atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien”. No obstante, entendemos que el fallo de esta sentencia debería de haber sido más amplio puesto que, si bien establece que no puede limitarse el derecho al uso de la vivienda del menor, sin embargo, no precisa el momento hasta cuando le corresponde ese derecho al hijo ¿hasta la mayoría de edad? ¿hasta su independencia económica? El Tribunal Supremo tendría que haber completado la sentencia de primera instancia y haber señalado que el citado derecho le corresponde hasta la mayoría de edad, tal como ahora se especifica en el art. 96. 1 CC.

27 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 91, núm. 752, 2015, pp. 3410; ORDÁS ALONSO, M.: “9. La atribución del uso”, cit., p. 289.

28 STS 1 abril 2011 (Tol 2093031).

29 La STS 1 abril 2011 (Tol 2093031) consolida una línea jurisprudencial que tiene sus orígenes, entre otras, en las SSTs 9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008 en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

Esta línea jurisprudencial de la STS 1 abril 2011 ha venido siendo mantenida hasta la actualidad<sup>30</sup>. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada en numerosas sentencias en las que la custodia era monoparental. Así, en la más reciente STS 29 septiembre 2022 se modifican las medidas definitivas y se atribuye el uso del domicilio familiar ganancial al padre y al hijo menor sin fijar un límite en el uso<sup>31</sup>. En la STS 13 diciembre 2021 se atribuye el uso de la vivienda familiar, privativa del marido, a la esposa y dos hijos menores desestimándose las limitaciones temporales en el uso (dos años en primera instancia y ocho meses en segunda instancia)<sup>32</sup>. No prospera la interpretación correctora del rigor del art. 96.I pretendida por el ex marido y padre de los hijos comunes. Mantiene la sentencia que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”. En la STS 2 junio 2020<sup>33</sup> se estima que no procede la limitación temporal del uso de la vivienda familiar que se declaró en la sentencia de apelación en favor de la hija y de la madre en un caso en que la vivienda familiar era propiedad del ex marido y sus cinco hermanos. El interés del menor ha de prevalecer sobre el derecho de propiedad. En otras dos sentencias, que no podemos citar como jurisprudencia, el Tribunal Supremo incurre en una serie de errores, que estimamos que pueden obedecer a la transcripción del formato papel al electrónico puesto que se utiliza el mismo Fundamento de Derecho Segundo y Fallo que la mencionada sentencia de 2 de junio, este es el caso de las SSTs 24 junio 2020<sup>34</sup> y la 22 junio 2020<sup>35</sup>. En la STS 23 mayo 2019) se atribuye el uso de la

30 STS 1 abril 2011 (Tol 2093031).

31 STS 29 septiembre 2022 (Tol 9253220).

32 STS 13 diciembre 2021 (Tol 8704870).

33 STS 2 junio 2020 (Tol 7969841).

34 La atenta lectura de la STS 24 junio 2020 (Tol 7995830) provoca una cierta perplejidad en el investigador del Derecho. El actor presenta una demanda de modificación de medidas, contra su ex esposa, y solicita “que se decrete la extinción de la atribución del derecho al uso y disfrute de la vivienda conyugal a favor de la demandada y los hijos, por haber hecho la demandada, un uso indebido de la misma al estar conviviendo desde el año 2012 con otra persona en relación análoga a la marital “. Posteriormente la exesposa se ha casado con su antigua pareja si bien “ya que ambos conviven maritalmente en el domicilio que fuera conyugal, cuyo uso y disfrute fue otorgado exclusivamente a los hijos en compañía de la madre por quedar bajo su custodia por sentencia de divorcio”. De manera sorprendente el Tribunal Supremo en su FD2º, no se refiere para nada a este asunto, sino que utilizando la técnica de corta y pega utiliza el mismo FD2º que utilizó en la STS 2 junio 2020 (Tol 7969841), asimismo se utiliza el mismo fallo, si bien en la sentencia de 24 junio se utiliza el nombre de Dº Frida para referirse a su esposa (que realmente es Mónica) y donde debía de referirse a los hijos comunes ahora se refiere a la hija menor de edad. Asimismo, causa enorme perplejidad como en el apartado primero del Fallo se dice que “Se estima el recurso de casación interpuesto [ ...] contra “la sentencia dictada en segunda instancia, el 27 de marzo de 2019, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, en el recurso de apelación n.º 213/2018 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 200/2016 seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º I de DIRECCION001 “en vez de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección24.ª de 11 de abril de 2019”. Sentencia que es la que dio lugar a la STS 2 junio 2020 (Tol 7969841). Al final, nos hemos quedado sin saber si procedía o no la extinción del derecho de uso de la exesposa Dª Mónica, que no Dª Frida, por convivir maritalmente con su pareja de hecho (con el que posteriormente se casó) en la vivienda que en su día fue el hogar familiar.

35 En la STS 22 junio 2020 (Tol 8000094) nos encontramos con la segunda sentencia en la que se utiliza el fallo de la STS 2 junio 2020 (Tol 7969841) y nuevamente se estima (ahora por tercer vez) el recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 27 de marzo de 2019, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª y “Confirmar la sentencia recurrida excepto en no fijarse límite al uso de la vivienda familiar mientras la hija sea menor de edad”. En este caso la cuestión es todavía más grave que en el caso

vivienda familiar hasta la mayoría edad del menor de los tres hijos comunes<sup>36</sup>. La STS 22 febrero 2017 en un caso de crisis de una pareja de hecho se atribuye la vivienda familiar<sup>37</sup>, privativa de uno de los convivientes, a los hijos menores y a la otra conviviente. Se invoca el principio que protege el interés del menor y se casa la sentencia de instancia que establecía un límite temporal de cuatro años para el uso de la vivienda. Se repone la sentencia de primera instancia en la que se atribuye el uso del domicilio familiar a los hijos y a la madre sin establecer ningún tipo de limitación temporal. La STS 18 mayo 2015 casa y anula parcialmente la sentencia que limitaba el uso de la vivienda familiar hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales que tenía que efectuarse dentro de un límite máximo de tres años<sup>38</sup>. Se aplica, como en todas las anteriores sentencias, la doctrina del principio del interés del menor y se repone la sentencia de instancia que atribuye el uso del domicilio familiar al hijo y a su madre sin limitación temporal<sup>39</sup>.

En doctrina y en la jurisprudencia desde mucho antes de la reforma ya se ha venido advirtiendo que en ocasiones la aplicación literal del art. 96 CC puede provocar injusticias de tipo material. A título de ejemplo, piénsese en el caso en el que se ha adjudicado la vivienda familiar al progenitor custodio cuando este no solo cuenta con grandes ingresos, sino que además tiene en propiedad varias viviendas. Por el contrario, el otro cónyuge que es el propietario de la vivienda, tiene una situación económica modesta que se ha precarizado al verse obligado por una parte a sufragarse el pago del alquiler de una vivienda, a contribuir en los alimentos de los hijos comunes y por otra a pagar las cuotas de la hipoteca que gravan su vivienda en la que ahora ya no puede vivir. Estas injusticias, aunque se producen en casos excepcionales, deberían de haber sido tenidas en cuenta en el nuevo art.

---

anterior puesto que la sentencia de primera instancia era de Madrid y en su el fallo se declara "la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de D. Erasmo como consecuencia de la publicación, a fecha 13/2/17 y en la edición digital del diario/periódico "Diario Digital Público", del artículo periodístico emitido bajo el título o reseña "El policía y tertuliano Erasmo participa en unas charlas de un partido neonazi" . Asimismo, la sentencia recurrida en casación es la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 10 de julio de 2019.

- 36 En la STS 23 mayo 2019 (Tol 7260565) se casa y anula la sentencia de apelación en la que se asignaba el uso de la vivienda familiar a la esposa y a los hijos menores matrimoniales hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Se repone la sentencia de primera instancia en la que la atribución es hasta la mayoría edad. No cabe la matización del rigor del art.96 CC entre otros motivos porque los menores no tienen atendidas sus necesidades habitacionales por otros medios. Esta sentencia ha sido analizada por la doctrina: así GARCÍA MAYO, M.: "El interés del menor frente a la pretendida patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar. Comentario a la STS 284/2019 de 23 de mayo [R] 2019, 2131]", *Revista de Derecho Patrimonial*, num.50/2019, estima que este tipo de sentencias como la dictada en apelación en las que, a pesar de existir hijos menores de edad, limitan temporalmente el uso de la vivienda familiar hasta a la liquidación de la sociedad de gananciales responden a una interpretación patrimonialista. En este tipo de resoluciones se superpone el valor económico del derecho atribuido y de la cosa objeto del mismo, a la protección del más débil.
- 37 STS 22 febrero 2017 (Tol 5978002).
- 38 STS 18 mayo 2015 (Tol 5000600).
- 39 Esta doctrina de que "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC "también había sido mantenida en las SSTS 28 noviembre 2014 (Tol 4567278), 2 junio 2014 (Tol 4364942), 29 mayo 2014 (Tol 4460050), 3 abril 2014 (Tol 4218412), 17 octubre 2013 (Tol 3986249), 21 junio 2011 (Tol 2160051) y 14 abril 2011 (Tol 2124703).

96 CC, aun a pesar de que la doctrina ya había puesto de relieve la necesidad de corregir el rigor que provoca la aplicación del tenor literal del precepto en todo caso. En la doctrina ha llegado a hablarse de los automatismos del art. 96 CC, señalándose entre ellos el mantenimiento del *favor filii* o *favor minoris* a ultranza<sup>40</sup>. Habría que buscar una fórmula que compatibilizara todos los intereses en juego, tanto los patrimoniales del cónyuge no custodio como personales de los hijos comunes y el otro cónyuge<sup>41</sup>.

La excepcionalidad de estos supuestos se pone de relieve por el hecho de que en la jurisprudencia son muy contadas las ocasiones en las que no se mantiene al hijo menor de edad en el uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad. Entre los factores excepcionales que pueden mitigar el inflexible el rigor en la aplicación del art. 96.I CC se encuentra el caso en que existe una segunda vivienda que puede satisfacer las necesidades de los menores pero que en el momento de la atribución estaba alquilada. Esta cuestión será analizada nuevamente más adelante. Así se pone de manifiesto por la STS 17 junio 2013 en este caso se contempla una cuestión un tanto compleja por cuanto que los cónyuges son propietarios de varias viviendas y un importante patrimonio dentro del que se encuentra la vivienda familiar<sup>42</sup>. Se admite la limitación del uso de la vivienda familiar por la ex cónyuge y el hijo menor común hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y en todo caso por un plazo de tres años. Transcurrido ese plazo sin haberse liquidado la sociedad de gananciales madre e hijo podrán ocupar la vivienda de titularidad común que está ocupando el esposo y que deberá abandonar entonces sin que pueda ocupar el que fue domicilio familiar. Se justifica esta limitación a la atribución de la vivienda al menor hasta la mayoría de edad al decir que "hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse

40 TENA PIAZUELO, I.: "Conflicto", cit., pp. 18 y 19 entiende que el interés de los hijos menores inspira las previsiones del art. 96 CC, sin embargo, esta posición privilegiada no debería de actuar de manera incompatible con los intereses de sus progenitores. Se debería intentar una conciliación entre ambas exigencias cuando los intereses del menor están garantizados y no entran en colisión con los del padre. Cita a título de ejemplo la STS 26 octubre 2020 (Tol 8531477) que en un caso de custodia compartida se había atribuido el uso de la vivienda a la esposa y a los dos hijos menores sin limitación temporal alguna. El Tribunal Supremo atribuye el uso temporal de la vivienda durante dos años al padre, que cuenta con menores ingresos que su exmujer, por resultar su interés más digno de protección. Se estima que en este caso "los intereses de los menores están garantizados y no entran en colisión con los del padre de manera tal que los correspondientes a éste deban subordinarse a los prioritarios de los hijos menores, al no darse una situación de incompatibilidad irremediable, sino de satisfacción conjunta y coordinada".

41 CHAPARRO MATAMOROS, P.: "I. La atribución", cit., pp. 40 y ss., analiza toda una serie de soluciones "salomónicas" para estas situaciones injustas entre ellas a) la división material de la vivienda familiar. b) la atribución de otras viviendas distintas a la familiar. c) la atribución de la vivienda al cónyuge no custodio cuando este disponga de medios suficientes para garantizar la necesidad de vivienda propia y de sus hijos.

42 STS 17 junio 2013 (Tol 3794745).

satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios". Asimismo, en la STS 19 noviembre 2013 se atribuye el uso de la vivienda familiar a la menor y al progenitor custodio hasta liquidación gananciales<sup>43</sup>. Los padres vinculados a compañías aéreas residen en ciudades diferentes, Barcelona y Madrid, mientras que la vivienda familiar se encuentra en Sevilla. El domicilio en el que convive la menor no constituye la residencia habitual de la unidad familiar, por al contrario, la vivienda sirve más para preservar de forma residual o secundaria los intereses de los progenitores que los de la menor puesto que, aunque por determinación expresa de ambos, el domicilio familiar se fijó en Sevilla, ninguno de ellos convive habitualmente en ella por razones de trabajo. No es posible es atribuir a la hija y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no tiene sirve a estos fines, más allá del tiempo que se necesita para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos cónyuges.

No obstante, en la STS 13 diciembre 2021 se advierte del carácter completamente excepcional de esas sentencias en las se mitiga el rigor del art. 96.I CC<sup>44</sup>. Así pues, en un supuesto de custodia exclusiva en el que la vivienda es privativa del marido se estima que el uso de la vivienda familiar que se atribuye al progenitor custodio y a los hijos menores ha de mantenerse hasta la emancipación de estos. Así pues, se casa y anula la sentencia de la audiencia que aplicando la tesis de la mitigación del rigor de la norma limitaba la atribución de la vivienda hasta unos meses después de dictarse aquella resolución.

En consecuencia, tras el establecimiento de un límite temporal, el de la mayoría de edad de los hijos menores, por el nuevo art. 96.I CC se ha zanjado definitivamente la polémica del momento en que finaliza la atribución de la vivienda al menor de edad en los casos de custodia monoparental. Por el contrario, en las sentencias sobre atribución de vivienda en los casos de custodia compartida como sucede con la STS 21 julio 2016 en los casos en los que la vivienda familiar es privativa de uno de los cónyuges se estima que procede la temporalidad sin tener que esperar a la mayoría de edad del menor<sup>45</sup>. En esta sentencia se casa y anula la sentencia apelación en la que en un caso de custodia compartida en el que la vivienda familiar es privativa del padre se había adjudica aquella a la madre hasta que la hija común alcance la mayoría de edad. En su lugar estima que la vivienda familiar quede asignada a la menor y su madre únicamente durante el período de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación<sup>46</sup>.

43 STS 19 noviembre 2013 (Tol 4024641).

44 STS 13 diciembre 2021 (Tol 8704870).

45 STS 21 julio 2016 (Tol 578 9066).

46 La STS de 24 de octubre de 2014 (Tol 4538494) en un caso de custodia compartida ya se fijó que la atribución del uso de la vivienda privativa del padre a favor de la madre, se debía limitar a dos años desde la fecha de la sentencia de casación, aún a pesar de que el hijo del matrimonio todavía era menor de edad.



## 2. La existencia de hijos mayores sin independencia económica.

Una de las dudas que planteaba la redacción del art. 96.I, a la que ya nos hemos referido, era si dentro de la expresión hijos había que incluir sólo a los menores o si la regla contenida en aquel apartado era también aplicable a los hijos mayores de edad que carecían de independencia económica. En este supuesto hubo división doctrinal entre quienes estimaban aplicable el art. 96.I CC a estos hijos mayores de edad que todavía son dependientes económicamente de sus progenitores. Este sería tanto el caso de aquellos que se encuentran en situación de desempleo como el de los que están realizando estudios para su formación. El principal argumento en que se apoyaban estos autores residía en que la atribución de la vivienda no es sino una forma cumplir con el deber de alimentos por parte de sus progenitores<sup>47</sup>. Otro sector doctrinal, por el contrario, se mostró reacio a incluir a los hijos mayores de edad dentro del supuesto de hecho del apartado primero del precepto comentado<sup>48</sup>. La STS (Pleno) 5 septiembre 2011<sup>49</sup>, establece como doctrina jurisprudencial que si bien a los hijos mayores de edad se les puede atribuir el uso de la vivienda familiar, sin embargo, esta atribución sólo puede efectuarse al amparo del párrafo III, y no en el párrafo I del [antiguo] art. 96 CC. Así pues, a los hijos sin independencia económica se les aplica la misma regla que permite adjudicar la vivienda al cónyuge no titular del inmueble, cuando no hay hijos, por el tiempo que prudencialmente se fije, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. La consecuencia de todo ello supone 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". En este caso el Tribunal Supremo atribuye el uso de la vivienda de propiedad exclusiva del marido a la esposa, por ser la más necesitada de protección, aun a pesar de que con el primero conviven los hijos mayores de edad. En otras sentencias posteriores se ha venido manteniendo esta doctrina jurisprudencial que solo protege el interés de los hijos comunes durante

47 Vid., entre otros: CUENA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 401-402 y 404; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia", en AA.VV.: *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 759, y "La atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2016, p. 6.

48 Defienden esta línea doctrinal MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96, p. 1, 2 Y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 167 y ss. Asimismo, por ORDÁS ALONSO, M.: "9. La atribución del uso", cit., p. 289".

49 STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (Tol 2251711).

su minoría de edad<sup>50</sup>. Este mismo criterio se aplica en los casos de custodia compartida<sup>51</sup>.

La doctrina también había venido reclamando desde hacía bastante tiempo que se regulase la atribución de vivienda de los hijos mayores de edad sin independencia económica para para terminar con la falta de precisión al respecto del antiguo párrafo I del art.96 CC<sup>52</sup>. En el nuevo art. 96.I.III CC se hace referencia a este tipo de hijos al decir que “las necesidades de vivienda de los [hijos] que carezcan de independencia económica” se atenderán por las normas relativas “a los alimentos entre parientes”. La doctrina estima que tras la reforma a estos hijos solo se les asignará el derecho de uso de la vivienda familiar, de modo excepcional en el caso que demuestren de manera objetiva que la necesitan y, en todo caso, durante un plazo de tiempo determinado<sup>53</sup>. No obstante, el cumplimiento de la mayoría de edad no provoca de manera automática la extinción de la pensión alimenticia entre la que se encuentra el derecho de habitación<sup>54</sup>.

La diferencia entre la naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda entre los hijos menores y los mayores dependientes económicamente se encuentra en que el caso de los primeros la atribución del derecho de uso de la vivienda (y evidentemente al progenitor con el que convivan) es consecuencia necesaria del deber de asistencia que pesa sobre los titulares de la patria potestad<sup>55</sup>. De lo que

50 En este mismo sentido, se han pronunciado la STS 25 octubre 2016 (Tol 5859683), en un supuesto de pareja de hecho en el que establece que “La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas”. En parecidos términos se habían pronunciado las SSTs 29 mayo 2015 (Tol 5010151), 30 marzo 2012 (Tol 2509172) y 5 septiembre 2011 (Tol 2251711) en la que aplicando por analogía el art. 96. III y atendiendo a “las circunstancias concurrentes, se adjudica a la esposa divorciada el uso de la vivienda familiar, frente a sus hijos mayores de edad que vivían allí con su padre, hasta que tenga lugar la liquidación del régimen económico matrimonial”.

51 En la STS 23 enero 2017 (Tol 5950973), en un caso de custodia compartida se casa y anula la sentencia de apelación en la que se había establecido que mantiene en la atribución de la vivienda ganancial a la madre y al hijo menor hasta la independencia económica de este o bien cuando por edad y formación profesional de éste pudiera alcanzarla. Se repone la sentencia de instancia si bien con la salvedad que la atribución del uso de la vivienda familiar sea de tres años a computar desde la fecha de la presente resolución.

52 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1000, señala esta necesidad habida cuenta de que en la actual sociedad la existencia de hijos mayores de edad no independientes económicamente es bastante común.

53 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 27.

54 RIBERA BLANES, B.: “La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, pp.490, estima La mayoría de edad no es por sí sola suficiente para entender que se ha producido un cambio que conlleve de forma automática la extinción de la pensión alimenticia. Sería necesario acreditar que la hija sea independiente económicamente o no resida junto a su madre, como estableció la SAP de Málaga de 30 septiembre 2019.

55 En la doctrina se ha admitido mantenido que el derecho de uso de la vivienda de los hijos menores está incluido en el de alimentos que forma parte del contenido de la patria potestad (Art. 154.2.1 CC). Este es caso de ROCA TRIAS, E.: “Comentario”, cit., p. 399. RIBERA BLANES, B.: “La falta de relación”, cit., p.489, estima que en el caso de los hijos menores de edad el deber de los padres de prestar alimentos tiene su origen en

se deriva que esta atribución no puede verse sometida a una limitación temporal dentro de la minoría de edad sino se mantendrá hasta el final de la minoría de edad y mientras no cambie el régimen de custodia<sup>56</sup>. En todo caso, en la jurisprudencia tal como ya hemos mencionado se ha establecido que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art.96 CC<sup>57</sup>.”

Por el contrario, en el caso de los hijos mayores sin independencia económica, el derecho a que les atribuya la vivienda tiene su origen en el derecho de alimentos entre parientes ex art. 142 CC<sup>58</sup>. Lo anterior supone que estos hijos tendrán que probar que se encuentran en una situación objetiva de necesidad (no imputable a ellos mismos) que justifique que los progenitores tengan que prestarles alimentos, entre los que se encuentra la habitación (a través del uso de la vivienda familiar junto con el progenitor con el que convivan)<sup>59</sup>. En este caso, aún a pesar del silencio del nuevo apartado III del art. 96.1, entendemos que la duración tendrá que ser por tiempo determinado. No obsta, una vez terminado el plazo por el que se atribuya el uso siempre cabe una prórroga, en atención a las circunstancias del caso. Asimismo, cabe una extinción anticipada, sin tener esperar al vencimiento de plazo de uso, si desaparece la situación objetiva de necesidad del hijo mayor de edad<sup>60</sup>. En todo caso los hijos cuando alcanzan la mayoría de edad, dejan de

---

la filiación y se integra en el conjunto de deberes inherentes a la patria potestad. El art. 154 CC establece la obligación de los progenitores de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral. Asimismo, en la STS de 17 de octubre de 2013, el art. 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat).

56 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 27.

57 Así se establece en las SSTS 13 diciembre 2021 (Tol 8704870), 24 junio 2020 (Tol 7995830), 22 junio 2020 (Tol 8000094), 2 junio 2020 (Tol 7969841), 20 noviembre 2018 (Tol 6921906), 20 noviembre 2018 (Tol 6919974) y 17 octubre 2017 (Tol 6401637) entre otras.

58 RIBERA BLANES, B.: “La falta de relación”, cit., p.491, con base a la STS de 19 enero 2015 (RJ 2015, 447) entiende que el marco normativo que ampara el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad es el de “los alimentos entre parientes”, siendo de aplicación los arts. 142 CC y ss. En consecuencia, los hijos mayores de edad tendrán derecho a obtener de sus padres todo lo que sea indispensable “para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”. Además de comprender también su formación si no la han terminado “por causa que no le sea imputable”.

59 TENA PIAZUELO, I.: “Conflicto”, cit., pp. 26 y 27, estima que en el caso de los hijos menores su derecho de alimentos goza de una especial preferencia para su efectividad, lo que se traduce en que sus derechos subsisten sin tener que probar la necesidad. Asimismo, tienen una mayor extensión, puesto que no se trata solo de garantizar su supervivencia sino salvaguardar el nivel de vida que disfrutaba el acreedor. Los mayores tendrán que probar su necesidad, además su extensión es inferior al de los menores puesto que se limita a los establecido en el art. 142 CC. Por otro lado, el deudor de alimentos, en el caso de los hijos mayores, puede cumplir con obligación alimentaria recibiendo y manteniendo a los hijos mayores o emancipados. O por el contrario puede satisfacer la necesidad de habitación incluyendo la cantidad indispensable en la cuantía de la prestación de alimentos. En el caso de los hijos menores no existe esta posibilidad de elección.

60 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 27.

estar protegidos por el interés superior del menor, y pierden a favor de uno de los progenitores la preferencia que detentaban durante la menor edad para la atribución del piso<sup>61</sup>.

### 3. La atribución de la vivienda e hijos con discapacidad.

Como ya hemos comentado el motivo principal de la reforma del art. 96 CC por la Ley 8/2021 no era otro que el de regular la atribución del uso de la vivienda en aquellos supuestos en los que hubiera hijos con discapacidad. La reforma se refiere tanto a los hijos menores como a los mayores que se encuentren en situación de discapacidad. Aunque ambas cuestiones se regulan en párrafos separados en la doctrina se habla de la existencia de un nuevo tercer criterio de concesión del derecho de uso de la vivienda familiar<sup>62</sup>.

De los primeros se ocupa la segunda frase del art. 96.I.I CC al decir que “Si entre los hijos menores hubiera alguno en una 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”. Este supuesto constituye una excepción al límite temporal de la mayoría de edad para la atribución de la vivienda a los hijos menores. De los hijos mayores de edad que están en situación de discapacidad se ocupa el nuevo art. 96.I.II CC que prevé que “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 equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación”. Por lo tanto, se les podrá atribuir el derecho de uso, en atención a las circunstancias, pero, aún a pesar del silencio del párrafo II, esta atribución también se efectuará por un plazo determinado, tal como sí que se establece en el párrafo I del nuevo art. 96.I CC para los hijos menores de edad con discapacidad.

La solución que se ha incorporado con la reforma para regular el uso de la vivienda en el caso de hijos con discapacidad difiere respecto a lo que fue la posición de la jurisprudencia bajo la vigencia del antiguo art. 96.I CC. El Tribunal Supremo venía diferenciando por una parte el caso de los hijos mayores de edad incapacitados por sentencia judicial a los que se equiparaba a los menores de

61 TENA PIAZUELO, I.: “Conflicto”, cit., pp. 17 y 18, mantiene que estos hijos mayores de edad, aun cuando todavía fueran dependientes y no estuvieran emancipados, sin embargo, dejaran de tener preferencia en cuanto al uso de la vivienda familiar, sin que haya un derecho específico de este tipo de alimentista para poder habitar la vivienda familiar. No obstante, los hijos mayores al igual que otros parientes o el cónyuge siguen conservando los derechos alimentarios ex art. 142 y ss. CC.

62 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “I. La atribución”, cit., p. 36, estima que ahora se protege el interés de los hijos comunes que se encuentra en situación de discapacidad. Señala el autor que los otros dos intereses protegidos de manera específica en el nuevo art. 96 CC son el interés de los hijos comunes menores de edad y el interés del cónyuge más necesitado de protección. Por el contrario, no se protege el interés de los hijos mayores de edad dependientes económicamente.

edad, en el sentido de que la atribución del derecho de uso, se efectuaba sin establecer un plazo, de modo que aquel uso se mantenía hasta la cesación de la incapacitación<sup>63</sup>. Este es el caso de STS 30 mayo 2012 en la que se atribuye con carácter indefinido a la esposa y al hijo mayor de edad con discapacidad el uso de la vivienda privativa del esposo<sup>64</sup>. El carácter indefinido se deduce del hecho de que se atribuye el uso a la esposa mientras conviva con el hijo mayor de edad que ha sido incapacitado judicialmente y cuya patria potestad le ha sido rehabilitada a la madre bajo cuya custodia vive<sup>65</sup>. Así pues, de esta sentencia se deduce que para equiparar a los hijos mayores de edad incapacitados con los menores era necesaria la existencia de una sentencia de incapacitación<sup>66</sup>. Al menos hasta que la incapacitación judicial ha sido suprimida de nuestro ordenamiento jurídico con la publicación de la Ley 8/2021.

En otros casos de hijos con discapacidad mayores de edad, en los que no existía sentencia de incapacitación, la solución ha sido la de establecer una limitación temporal del uso de la vivienda. Así pues, la STS 19 de enero 2017 se pronunció, en favor de la procedencia de la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, pero privativa del marido, al hijo mayor de edad con discapacidad reconocida, pero no reconocida judicialmente, y al progenitor en cuya compañía queda<sup>67</sup>. Se justifica la limitación al decir que la solución contraria “impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad”<sup>68</sup>. En consecuencia, se mantiene el fallo de la Audiencia provincial que establece el uso y disfrute del domicilio conyugal a la esposa por un plazo

63 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 27.

64 STS 30 mayo 2012 (Tol 2558108).

65 En este caso la STS 30 mayo 2012 (Tol 2558108) establece que: “Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.l CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

66 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores”, *Revista de Derecho Patrimonial*, num.45/2018, p.9. No obstante, este autor no comparte el sentido de la sentencia y señala (refiriéndose a la situación en la que todavía estaba vigente la figura de la incapacitación) que todos los supuestos de hijos mayores con discapacidad, con independencia de que estuviesen incapacitados o no, son acreedores de una protección especial. Sin embargo, a pesar de ello estima que la atribución del uso de la vivienda debería de estar limitado temporalmente en cualquiera de ambas situaciones a los efectos de evitar la colisión con el derecho de propiedad exclusivo o en régimen de cotitularidad, del progenitor titular.

67 STS 19 de enero 2017 (Tol 5944342).

68 En la STS 19 enero 2017 (Tol 5944342) también se dice que “el interés superior del menor, que inspira la medida de atribución de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al interés del hijo mayor de edad con discapacidad a los efectos de otorgarle la misma protección que se dispensa al menor de edad. Y ello porque el interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la

de tres años. No obstante, se establece 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”<sup>69</sup>.

Esta segunda solución, menos favorable para las personas con discapacidad, una vez que ha sido suprimida la figura de la incapacitación, es la que se ha recogido en el texto del art. 96.I.II CC<sup>70</sup>. En la nueva regulación no se equipara a los hijos con discapacidad con los menores, a estos últimos se les atribuye la vivienda en todo caso mientras que las personas con discapacidad la continuación del uso de la vivienda cuando sean mayores procederá solo cuando fuera conveniente<sup>71</sup>.

#### 4. Atribución de la vivienda y reparto de hijos comunes.

Uno de los pocos párrafos del antiguo art. 96 CC que se ha mantenido inalterado a pesar de la reforma es el antiguo apartado II que ahora ha sido reenumerado como art. 96.I IV en el que se sigue previendo que: “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente” (art. 96.I.IV CC)<sup>72</sup>. Este supuesto, igual que el resto de los contemplados en el art. 96 CC cuando se refiere a hijos se refiere a supuestos de custodia monoparental, de modo que a diferencia de lo que sucede con la custodia compartida, en este caso cada progenitor tiene por separado la custodia de un hijo. El problema que se plantea es que no es posible atribución el uso de la vivienda al mismo tiempo, en consecuencia, el juez tendrá que decidir teniendo en cuenta las circunstancias del caso: podrá, así, atribuir el uso de la vivienda al progenitor que objetivamente la necesite, en mayor medida que el otro, y a los hijos que con él convivan.

#### 5. Atribución vivienda cuando no existen hijos comunes.

---

persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial según el grado de su discapacidad.”

69 El TS estima en el FD2º que “Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art 142 CC)”.

70 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 28.

71 ORDÁS ALONSO, M.: “9. La atribución del uso”, cit., p. 306, también estima que las personas con discapacidad a las que se refiere el art. 96.I y 2 CC han de encontrarse viviendo en la vivienda familiar en el momento tener lugar la separación, divorcio o nulidad. Finalmente, no se trata de una atribución definitiva del uso de la vivienda puesto que el juez determinará el plazo de duración de ese derecho. Se evita así vaciar de por vida el derecho de propiedad del titular de la vivienda familiar.

72 En la versión original se utilizaba la expresión Juez qua ahora ha sido sustituida por la de “autoridad judicial”.

En el nuevo art. 96.2 CC se ha mantenido inalterada la regla del anterior art. 96.III que establece que en ausencia de hijos, podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar “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”. Del tenor literal del precepto cabe deducir que esta atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular es excepcional y temporal. La excepcionalidad obedece al hecho de que esta atribución de la vivienda familiar se prevé exclusivamente para el caso de que “su interés sea el más necesitado de protección”. En el caso de inexistencia de hijos comunes o incluso cuando aquellos ya son mayores la asignación del uso hogar familiar ya no puede realizarse bajo el amparo el principio del interés superior del menor, sino que ahora se efectúa por razones de solidaridad familiar<sup>73</sup>. Sin embargo, no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que será necesario probar que, realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte<sup>74</sup>.

La temporalidad de esta medida no ofrece ninguna duda puesto que en el tenor literal del art. 96.2 aparece la expresión “por el tiempo que prudencialmente se fije”. No obstante, el Tribunal Supremo ha exigido que se precise la duración del uso y en caso contrario ha casado y anulado aquellas sentencias en las que se utilizaban expresiones ambiguas en vez de un concreto plazo de tiempo<sup>75</sup>. En el art. 96.3 del anteproyecto de corresponsabilidad parental, sí que se fijó un plazo concreto de duración de la atribución de la vivienda familiar para el caso de que no existieran hijos comunes. En ese caso el uso de la vivienda al cónyuge no titular se hará por un tiempo máximo de dos años. Si la vivienda fuera ganancial el uso será

73 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “I. La atribución”, cit., p. 57, estima que por motivos de solidaridad familiar se proporciona temporalmente una vivienda al cónyuge con menos recursos económicos para acceder a una nueva vivienda. Asimismo, dentro de la expresión interés más necesitado de protección se podrían incluir circunstancias de tipo personal como los problemas de movilidad.

74 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 28, cita el caso de la STS 25 marzo 2015 (Tol 4799128) que en el caso de un matrimonio sin hijos y vivienda ganancial estima que el interés del marido es el más necesitado de protección puesto que su esposa marchó del domicilio familiar para atender a su hermana de la que es cuidadora a efectos de la ley de dependencia, y a su madre que padece Alzheimer. Estima el tribunal que con respecto de la esposa “resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace”.

75 Este ha sido el caso de la STS 29 mayo 2015 (Tol 5010151) en la que se establece que “la atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna vulnera lo dispuesto en el art. 96.3 CC”. Asimismo, establece que aquella falta de concreción “parece más una verdadera expropiación de la vivienda que a una efectiva tutela que la Ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes”. En el caso enjuiciado se casó y anuló la sentencia de apelación y se ordenó la extinción del uso de la vivienda familiar recuperando su uso el cónyuge propietario. En parecidos términos en la STS 20 junio 2017 (Tol 6201425) se establece que el tercer párrafo del artículo 96 del Código Civil no autoriza a imponer, a falta de acuerdo entre las partes, un uso indefinido e ilimitado de la vivienda familiar. En consecuencia, impone un uso hasta la fecha de liquidación de la sociedad de gananciales. En su día se atribuyó el uso de la vivienda a la esposa y al hijo menor que ahora ya ha alcanzado la mayoría de edad.

hasta la liquidación del régimen que tendrá que efectuarse dentro del tope de dos años. No obstante, se admite por motivos excepcionales una prórroga de un año.

En nuestra opinión debería de haberse aprovechado la reforma para modificar el texto del renumerado como párrafo 2 del art. 96 CC, puesto que al utilizarse de la expresión “cónyuge no titular” induce a confusión puesto que parece que esta fórmula no pueda utilizarse si la vivienda familiar tiene carácter ganancial o ambos cónyuges son cotitulares de la misma<sup>76</sup>. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia habían estimado que el antiguo art. 96.III CC (ahora art. 96.2 CC) también era aplicable a las viviendas familiares de carácter ganancial o pertenecientes en régimen de copropiedad a ambos cónyuges<sup>77</sup>. En todo caso la solución más correcta hubiera sido que con ocasión de la reforma se hubiera adoptado una fórmula similar a la del art. 233-20.3.b) CCCat que en el caso de no existir hijos comunes o cuando estos ya son mayores se debe de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado. Asimismo, en el art. 219-25 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (en adelante PCC) en el caso de no existir descendientes o aquellos son mayores de edad, en defecto de pacto, el juez asignará “el uso de la vivienda, con carácter temporal, al cónyuge más necesitado de protección”. En consecuencia, estimamos que el legislador en el nuevo art. 96.2 CC en vez de “cónyuge no titular” debería de haber utilizado la expresión “cónyuge más necesitado” por ser más precisa que la anterior. Asimismo, habría que haber extendido la aplicación del citado párrafo, además del caso de inexistencia de hijos al caso en que aquellos ya fuesen mayores de edad. Finalmente, también se tendría que haber especificado que la inexistencia de hijos se refería a los comunes.

#### IV. LAS CARENCIAS DEL NUEVO PRECEPTO.

En la Introducción de este trabajo ya hemos manifestado que si bien las novedades que introduce la nueva regulación son interesantes, sin embargo, son insuficientes<sup>78</sup>. Para tener un referente de las carencias del nuevo precepto podemos compararlo con el que se propuso con idéntico número por el

76 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1000, ya advierte que no se contempla expresamente el supuesto en el que la vivienda sea ganancial y no haya hijos.

77 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 28, estima aplicable esta fórmula para las viviendas gananciales o de titularidad conjunta por ambos cónyuges. A título de ejemplo en la STS 23 noviembre 1998 (Tol 2257), en un caso de nulidad matrimonial en un matrimonio sin hijos se adjudica temporalmente la vivienda ganancial a la esposa por un plazo de 6 meses. Se entiende que: “Una interpretación lógica y extensiva del artículo 96-3 del Código Civil establece que no habiendo hijos, como ocurre en el presente caso, podrá acordarse que el uso de la vivienda, por tiempo prudencialmente determinado, sea adjudicado a cualquiera de los cónyuges, siempre atendidas las circunstancias personales y socioeconómicas de los mismos”.

78 El propio Tribunal Supremo en sentencia (Pleno) 20 noviembre 2018 (Tol 6921906) al pronunciarse sobre los efectos de la introducción de una tercera persona, la nueva pareja de la ex cónyuge, pone de manifiesto las carencias del antiguo precepto que todavía se pueden aplicar al nuevo al decir que “Una vez más se advierte la insuficiencia del artículo 96 del Código Civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar”.



Anteproyecto de ley sobre ejercicio de corresponsabilidad parental y otras medidas a aportar tras la ruptura de la convivencia del año 2014. Otro punto de comparación lo tenemos en algunas de las soluciones que la jurisprudencia había previsto para evitar las injusticias que una aplicación literal del antiguo art. 96 CC podría ocasionar. Si bien el legislador con la nueva redacción del precepto ha tenido en cuenta alguna de esas “correcciones” efectuadas por la jurisprudencia, sin embargo, algunas -de manera harto incomprensible- han quedado fuera de la reforma<sup>79</sup>. El caso paradigmático lo constituye la falta de regulación de la atribución de vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida que tantas veces ha sido reclamado por la doctrina. Sin ánimo de ser exhaustivos a continuación iremos analizando algunas de las carencias del vigente art. 96 CC.

### I. Atribución del uso la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida.

La reforma del art. 96 CC ha dejado pasar la oportunidad de regular la atribución de la vivienda en los supuestos de custodia compartida. Esta omisión del legislador no termina de comprenderse puesto que se trata de una figura contemplada por el art. 92 CC desde el año 2005<sup>80</sup>. La continuación de este vacío normativo ha sido ampliamente criticada por la doctrina<sup>81</sup>. La aplicación del principio comprendido en el art. 96.I.I CC, de que los hijos menores de edad han de continuar viviendo de manera permanente en la vivienda familiar hasta que alcancen la mayoría de edad se hace difícil de aplicar en el caso de la custodia compartida. Este vacío legal ha sido cubierto por la jurisprudencia que ha venido aplicando la solución prevista en el antiguo art. 96. II (ahora art. 96.I.IV CC) para el caso de que algunos de los hijos queden en compañía de uno de uno los cónyuges y los restantes en la del otro<sup>82</sup>. En consecuencia, en primer lugar, el juez el que resolverá lo procedente teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, lo que se traduce en la atribución de la vivienda al progenitor que objetivamente tenga más necesidad de usarla, y ello, con la finalidad de garantizar la necesidad de habitación de los

79 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “I. La atribución”, cit., p. 40, estima que pueden producirse las siguientes “correcciones del tenor literal del art. 96 CC”: a) la limitación temporal del uso de la vivienda familiar (medida que ha sido incorpora por la reforma); b) la división material de la vivienda familiar; c) la atribución de otras viviendas distintas a la familiar; d) la atribución de la vivienda al cónyuge no custodio cuando pueda garantizar la necesidad de vivienda propia y la de sus hijos.

80 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio introduce la figura de la custodia compartida en el Código civil al modificar el art. 92 CC.

81 La no inclusión de la custodia compartida en el nuevo art. 96 CC ha sido objeto de crítica por la doctrina. Así, entre muchos otros, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 28; TENA PIAZUELO, I.: “Conflicto”, cit., p. 30.

82 En la jurisprudencia, en los supuestos de custodia compartida se ha aplicado la solución prevista en el antiguo art. 96.II en las SSTs 20 abril 2022 (Tol 8917105), 28 marzo 2022 (Tol 8900589), 20 de diciembre 2021 (Tol 8764945), 22 junio 2021 (Tol 8495897), 6 julio 2020 (Tol 8000147), 20 febrero 2018 (Tol 6526202), 22 septiembre 2017 (Tol 6355976), 23 enero 2017 (Tol 5950973), 11 febrero 2016 (Tol 5645202), 9 septiembre 2015 (Tol 5426939) y 24 octubre 2014 (Tol 4538494).

menores durante el período en que convivan con él<sup>83</sup>. En segundo lugar, cuando no exista una objetiva necesidad de uno de los progenitores de usar la vivienda familiar o dicha necesidad no sea mayor que la del otro, habrá que distinguir dos supuestos: en el primer caso, cuando la vivienda es privativa de uno de ambos cónyuges se establece un plazo temporal de atribución de uso la vivienda al otro progenitor que la está usando en la actualidad. Transcurrido ese plazo de transición recuperará el pleno uso el propietario de la vivienda<sup>84</sup>. En el supuesto de que la vivienda fuese ganancial o perteneciera a ambos cónyuges tendrá que procederse a su venta en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial o del régimen de copropiedad ordinaria<sup>85</sup>. Entre las sentencias relativas a la atribución de vivienda en el caso de que la vivienda sea ganancial se pueden distinguir varios grupos: en el primero de ellos, se establece un plazo de transición señalando que transcurrido este se procederá a la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>86</sup>. En otro grupo de sentencias se limita a establecer una atribución temporal pero no se dice expresamente que finalizado el mismo haya que realizar la liquidación de la sociedad de gananciales, si bien habría que entender implícito este mandamiento<sup>87</sup>. En el caso de vivienda que pertenece en copropiedad a ambos progenitores

- 83 Según la STS 20 de diciembre 2021 (Tol 8764945): Hay dos factores a tener en cuenta para atribuir la vivienda familiar en el caso de la custodia compartida “[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero” (STS 22 septiembre 2017 (Tol 6355976), 6 julio 2020 (Tol 8000147) y 22 junio 2021 (Tol 8495897)). “De acuerdo con dicha doctrina, es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (SSTS 20 febrero 2018 (Tol 6526202); 26 octubre 2020 (Tol 8197535) y 22 junio 2021 (Tol 8495897)).
- 84 Este es el caso de la STS 20 abril 2022 (Tol 8917105) en la que al ser la vivienda familiar propiedad del marido y ambos cónyuges cuentan con ingresos similares se atribuye temporalmente el uso del inmueble por un año desde la sentencia de casación. En la STS 22 septiembre 2017 (Tol 6355976), vivienda exclusiva del padre, se establece una atribución temporal madre e hijos menores de edad de dos años desde la sentencia de casación. En la STS 23 enero 2017 (Tol 5950973), vivienda exclusiva del padre atribución temporal madre e hijo menor de tres años desde sentencia casación. En la STS 24 octubre 2014 (Tol 4538494), vivienda privativa del padre, atribución del uso a la esposa e hijo menor durante dos años.
- 85 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 28.
- 86 Este es el caso de la STS 28 marzo 2022 (Tol 8900589), se atribuye el uso de la vivienda familiar de carácter ganancial durante un plazo de dos años desde la sentencia de casación a la esposa e hijos comunes. Se trata de un período con el que se contribuye a la adaptación al nuevo escenario económico en el que deberá buscar nueva residencia, evitando un grave perjuicio al interés de los dos hijos menores. Tras este plazo deberá abandonar la vivienda y se procederá a la venta o liquidación de la sociedad de gananciales. En la STS 3 enero 2022 (Tol 8764983) en un caso de custodia compartida y vivienda familiar ganancial. Se opta por el mantenimiento del uso de la vivienda por la esposa con sus dos hijos menores hasta la venta o liquidación de sociedad de gananciales. No hay plazo de transición porque el padre vive en el piso de su pareja de hecho. En la STS 6 julio 2020 (Tol 8000147), vivienda ganancial. atribución temporal de la vivienda familiar a las hijas y madre por un plazo de transición máximo de un año, a contar desde la fecha de esta sentencia, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales. En la STS 11 febrero 2016 (Tol 5645202), vivienda ganancial. Ingresos similares de los progenitores. Atribución temporal madre e hijos menores de edad. 1 año desde la sentencia casación. transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. En la STS 9 septiembre 2015 (Tol 5426939), Vivienda y garaje gananciales. Ingresos similares de los progenitores. Atribución temporal padre e hijos menores de edad 3 años desde sentencia casación. transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.
- 87 En la STS 20 diciembre 2021 (Tol 8764945) se efectúa una atribución temporal de dos años a partir de la sentencia de casación. No se hace ninguna referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales.

adquirida constante el régimen de separación de bienes debería de utilizarse una fórmula parecida a la de gananciales, sin embargo, en alguna ocasión la solución en vez de establecer un plazo de transición ha optado por la de establecer un uso por anualidades alternas a cada cónyuge hasta la venta del bien común<sup>88</sup>.

En cualesquiera de los supuestos de atribución de vivienda compartida, hay que tener en cuenta que ya no es posible hablar de vivienda familiar. Puesto que una vez establecido este régimen de custodia lo correcto es referirse a la existencia de dos hogares familiares. Así pues, en aquellos casos en los que no existe una gran disparidad entre los ingresos de los progenitores, lo procedente es que se establecen plazos de uso temporal para facilitar la transición a la nueva situación creada por la custodia compartida. De este modo, quien tras la crisis matrimonial ha venido utilizando la vivienda familiar todavía cuenta con este plazo adicional. Eso sí, una vez vencido el cual el cónyuge propietario recuperará el uso de la vivienda, o se liquidará la situación de ganancialidad o la de cotitularidad en aquellos casos de vivienda comprada por ambos cónyuges casados en régimen de separación de bienes.

No obstante, hay que tener presente que hay diferentes modalidades de atribución de la vivienda familiar en el caso de la custodia compartida<sup>89</sup>. Entre ellas, está el modelo denominado “casa nido” o atribución rotatoria de la vivienda. En estos casos los hijos comunes serán los permanezcan siempre en la que ha venido siendo la vivienda familiar y serán los progenitores los que vayan rotando en el uso de la misma en los períodos que se determine en sentencia. Esta medida en la mayoría de supuestos se convierte en inviable por motivos económicos, puesto que el sistema de “vivienda nido” exige que cada uno de los progenitores tenga a su disposición una casa vivienda en la que residir en los períodos en los que no les corresponda convivir con los hijos comunes. En consecuencia, sólo los matrimonios con un desahogado nivel económico pueden permitirse no sólo

88 En la STS 20 febrero 2018 (Tol 6526202), la casa es copropiedad ordinaria de ambos cónyuges que cuentan con un hijo común menor de edad. Al no existir desproporción económica entre ambos progenitores (que además cuentan con otro inmueble en común) la vivienda se atribuirá por anualidades alternas a cada cónyuge que perdurará hasta que procedan a separar los patrimonios. Así pues, se casa la sentencia de apelación en la que la vivienda se le adjudicaba en exclusiva a la madre hasta que el hijo común alcanzara la mayoría de edad.

89 En la STS 20 de diciembre 2021 (Tol 8764945) se describen las diferentes modalidades de atribución de vivienda en los casos de custodia compartida: (i) Custodia compartida simultánea, en supuestos excepcionales en que los hijos conviven con sus padres en la misma casa, cuando existen posibilidades reales y efectivas de vida separada entre ellos en el mismo inmueble. (ii) Custodia compartida a tiempo parcial, en que los hijos permanecen en el que fue domicilio familiar, siendo los padres quienes periódicamente lo abandonan cuando la custodia corresponde al otro progenitor. Es el modelo denominado de “casa nido”, adoptado por la sentencia recurrida. (iii) Custodia compartida a tiempo parcial, con cambio de residencia de los hijos, que se ha descrito gráficamente con la expresión de “niños mochila”, en el que son los menores quienes periódicamente conviven en el respectivo domicilio de sus padres. (iv) Custodia compartida, en la que la distribución del tiempo de convivencia no es igualitario con respecto a los padres, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, que condicionan la viabilidad de la custodia común. (v) A su vez los sistemas referidos admiten distintas fórmulas, en relación a los periodos temporales en que se lleva a efecto el cambio de custodia, siendo el más habitual el semanal, aunque caben otras modalidades temporales de intercambio: diario, quincenal, mensual etc.

disponer de tres casas, sino que además han de poder responder al incremento de los gastos que supone el mantenimiento de tres hogares<sup>90</sup>. Asimismo, el uso alterno de la vivienda familiar es desaconsejable cuando existen desavenencias entre los ex cónyuges puesto que la utilización de un mismo espacio de manera rotatoria, aunque no haya coincidencia en el tiempo, puede agravar la situación.<sup>91</sup>

En la legislación civil autonómica se contempla este tipo de uso alternativo de la vivienda familiar en el art. 233-20.1 CCCat. Sin embargo, sólo se menciona dentro de los pactos que pueden realizar los cónyuges<sup>92</sup>. No se contempla como una alternativa que pueda fijar el juez en defecto de acuerdo de aquellos. En nuestra opinión, esta posibilidad del uso rotatorio en territorio Código civil también puede proponerse en el convenio regulador puesto que no hay norma alguna que lo impida, no obstante, la ventaja del sistema catalán es que en principio, como regla general el juez tendría que homologar un pacto en ese sentido. No obstante, estimamos que en el reformado art. 96 CC debería de haberse contemplado la posibilidad del uso alternativo del hogar familiar acompañado de la fórmula que estableciera que “la autoridad judicial resolverá lo procedente”. Esta posibilidad de uso alternativo o rotatorio de la vivienda familiar sí que está contemplada en el art. 219-25.4 de la PCC<sup>93</sup>.

## 2. Atribución del uso de una vivienda distinta a la que ha servido de domicilio conyugal.

Otra de las carencias de las que adolece el nuevo art. 96 CC es que no se haya previsto la posibilidad atribuir el uso sobre otra vivienda a la que constituyó el domicilio conyugal si con ello no se afecta a la estabilidad del menor. Esta medida evitaría la interpretación rigorista del art. 96 CC y que se pueda imponer un sacrificio desmesurado al interés del progenitor no custodio<sup>94</sup>. Piénsese que en ocasiones aquél es el propietario exclusivo de la vivienda familiar o tiene una

90 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 28. TENA PIAZUELO, I.: “Conflicto”, cit., p. 14, también estima que aun a pesar de que la utilización del sistema de vivienda nido, aun a pesar de que responde a la idea de la estabilidad de los menores al permanecer en un mismo entorno, sin embargo, se trata de un sistema que puede no convenir a la capacidad patrimonial de los progenitores que han de sostener tres viviendas.

91 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “I. La atribución”, cit., pp. 50 y 51, se basa en las referencias que se hacen a las tensiones y conflictividad que provocan el uso rotatorio de la vivienda familiar en las SSTs 5 abril 2019 (Tol 720521) y 7 junio 2018 (Tol 6638114).

92 Artículo 233-20 CCCat. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar: “I. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por periodos determinados”.

93 El art. 219-25 de la PCC establece: “4. Cuando la guarda sea compartida por ambos progenitores puede decretarse una alternancia de los mismos en el uso de la vivienda y los muebles de uso ordinario”.

94 CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 394-399, estima que la atribución de la vivienda familiar al cónyuge custodio no es siempre la solución que conciliar más adecuadamente todos los intereses en juego, especialmente en aquellos casos en los que los cónyuges disponen de dos o más viviendas.

cotitularidad con el otro cónyuge por estar casado en separación de bienes o incluso pertenecer en gananciales a ambos cónyuges. En cualquiera de esos supuestos tendrá un derecho de propiedad sobre la vivienda familiar al cual se le habrá vaciado la facultad de uso y disfrute<sup>95</sup>.

En la redacción del nuevo art. 96 CC se tendría que haber tenido en cuenta aquellos pronunciamientos del Tribunal Supremo que, en supuestos excepcionales, permiten realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta a la que había constituido el domicilio conyugal, siempre que esta satisfaga razonablemente sus necesidades de habitación<sup>96</sup>. El Alto Tribunal en la STS 3 mayo 2016 estima 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<sup>97</sup>. En la STS 16 enero 2015<sup>98</sup> en un caso de pareja de hecho establece que “el interés del menor, siempre prevalente, no queda mermado por el cambio de domicilio. Precizando, además, que la vivienda que ahora ocupa es la vivienda que fue familiar en el momento de la separación, pero la que la Audiencia Provincial ha fijado a partir de ahora fue también la vivienda familiar en su momento. En ese caso el padre solicitó el cambio de la atribución de la vivienda familiar que era de su exclusiva propiedad a otra que pertenecía proindiviso a ambos progenitores sobre la cual existía un contrato de arrendamiento que posteriormente se extingue. Estima el Alto Tribunal que “si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre”. En la STS 3 diciembre 2013<sup>99</sup> ha admitido la posibilidad de otorgar el uso de una vivienda alternativa a la familiar cuando concurren algunas circunstancias excepcionales: cuando el cónyuge custodio ha alquilado una vivienda de alto nivel donde vive con las hijas comunes se ha adjudicado el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio por ser el interés más necesitado de protección. En la

95 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 26, estima adecuada la citada jurisprudencia puesto que es lógico que haya que asegurar que los menores tengan satisfecha su necesidad de habitación hasta la mayoría de edad, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la vivienda. No obstante, pone de relieve el excesivo rigorismo en el que se puede caer de no tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. De ahí que estima que en el nuevo art. 96 CC debería de haber encontrado acomodo la doctrina jurisprudencial que permite realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta a la que había constituido el domicilio conyugal, siempre que esta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación.

96 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 26. Al respecto, TENA PIAZUELO, I.: “Conflicto”, cit., pp.13 y 14, entiende que la propia finalidad del art. 96 CC no es otro que asegurar o compensar una vivienda adecuada sin más. En consecuencia, la necesidad de un lugar para vivir un sujeto vulnerable, tanto si es un hijo como el cónyuge se satisface, en el caso de que la familia disponga de varias viviendas, con el derecho de uso de la vivienda que reúna condiciones adecuadas. Incluso si nunca ha tenido la condición de domicilio familiar.

97 STS 3 mayo 2016 (Tol 5716390).

98 STS 16 enero 2015 (Tol 4708880).

99 STS 3 diciembre 2013 (Tol 4035486).

STS 5 noviembre 2012<sup>100</sup> se establece que “el caso presente en que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta 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 solo 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. En el supuesto de la STS 29 marzo 2011<sup>101</sup> se establece que “cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96 ni en el art. 7 CC”.

No obstante, desde que se ha implantado la custodia compartida el menor ya no va a continuar utilizando la que fue la vivienda familiar, puesto que en al menos uno de los turnos tendrá que residir en otra. En consecuencia, ya no tiene sentido el rigorismo exacerbado que exige que el menor tenga que ocupar la vivienda que constituida la sede de la familia antes de la crisis familiar.

En nuestra opinión el nuevo art. 96 debería de haber incorporado una medida similar a la prevista en el artículo art. 233-20 CCCat al decir que “6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos”. También se contempla esta posibilidad en la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en el art. 12.6 se establece que “El juez podrá sustituir la atribución

---

<sup>100</sup> STS 5 noviembre 2012 (Tol 2675572).

<sup>101</sup> STS 29 marzo 2011 (Tol 2078863).

del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado”. Asimismo, se contempla esta posibilidad en la PCC en cuyo art. 219-25 relativo a la adjudicación del uso de la vivienda habitual en defecto de acuerdo aprobado por las partes se estima que “2. En cualquier caso, el juez puede autorizar que la atribución de uso recaiga sobre otra vivienda distinta de la que constituyó el domicilio familiar si ello no compromete la estabilidad del menor”.

### 3. La división material de la vivienda familiar.

En la doctrina, a los efectos de mitigar el rigor de la aplicación literal del art. 96 CC, también se ha propuesto la posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en aquellos casos en que esta sea factible por sus características arquitectónicas. Se trata de aquellos inmuebles de grandes dimensiones o que cuenten con varios pisos cuya división permitiría contar como mínimo con dos viviendas que cumplieran unas mínimas condiciones de habitabilidad<sup>102</sup>. Se han señalado las ventajas que esta medida reporta para todas las partes implicadas: a) En el caso de los hijos comunes menores porque los mantiene en su entorno familiar sin necesidad de los molestos cambios de residencia de fin de semana o de vacaciones en el caso de las custodias monoparentales o del cambio de residencia semanal o quincenal (o el que se hubiera establecido) en los supuestos de custodia compartida. b) Para el cónyuge no custodio también constituye una ventaja el hecho de vivir al lado de sus hijos puesto que posibilita el contacto con estos más allá de las previsiones del derecho de visitas. c) En todo caso para el cónyuge al que no se le atribuye el uso de la vivienda familiar supone una solución habitacional, con independencia de que sea el propietario exclusivo de la misma o incluso cuando no existan hijos comunes. En ocasiones, puede permitirle usar la vivienda que se le adjudique tras la división para seguir ejerciendo en ella su actividad profesional como sucede con algunas profesiones liberales como médicos, abogados o arquitecto.

Esta solución ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en contadas ocasiones, si bien supeditada a la concurrencia de toda una serie de requisitos, que permitan que un inmueble dividido pueda ser usado por ambos cónyuges a un mismo tiempo<sup>103</sup>.

102 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “1. La atribución”, cit., p. 43.

103 Las sentencias en las que se admite la división de la vivienda familiar son apenas inexistentes. En la STS 30 abril 2012 (Tol 2538858) se estima que “cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad”. Precisamente afirma que “(...) en un procedimiento matrimonial se puede segregar la vivienda o proceder a su división cuando sea posible, cuando las viviendas resultantes reúnan las condiciones de habitabilidad, y cuando las circunstancias del caso lo permitan y no se perjudique el interés de los hijos”. Sin embargo, en la STS 27 octubre 2015 (Tol 5544833) la vivienda familiar que había sido atribuida a la madre y a la hija sí que admitía una fácil división física por estar constituida por dos pisos, uno

De estos requisitos exigidos por el Alto Tribunal se ha dicho que obedecen a un intento de evitar una excesiva proliferación de demandas solicitando de manera indiscriminada la división material de las viviendas familiares<sup>104</sup>. Estimamos que esta medida de dividir materialmente la vivienda familiar cuando admitiese una división que no afectara a las condiciones de habitabilidad podría haberse incorporado al nuevo art. 96 CC.

#### 4. La regulación de los gastos generados respecto de la vivienda familiar tras la atribución del uso.

El nuevo art. 96 tampoco ha regulado la cuestión relativa al pago de los gastos generados con relación a la vivienda familiar. En la doctrina se ha mantenido que, en defecto de pacto, debería ser el cónyuge al que se la ha atribuido el uso de la vivienda familiar usuario de la casa familiar común quien pagara los gastos de suministro de servicios de la vivienda (p. ej., gastos de luz, agua, gas, teléfono, internet). Asimismo, en su caso, los ordinarios de la comunidad del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal; en cambio, el pago de los gastos extraordinarios de la comunidad, el seguro de hogar, así como el de los impuestos que graven la propiedad de la vivienda como el IBI deberá recaer sobre el titular o titulares de la propiedad de la vivienda<sup>105</sup>. En el caso de que ambos cónyuges sean cotitulares deberán responder en la proporción de su cuota.

Así lo confirma la STS 25 septiembre 2014<sup>106</sup> “en aras al equilibrio económico entre las partes”, distinguiendo dos planos: el de la relación (interna) de los cónyuges entre sí y el de la relación (externa) de éstos con la comunidad. Dice, así, que nada impide que la sentencia de divorcio decida que “el ex cónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación”, lo que no obsta “para que de acuerdo con el art. 9 de la LPH sean ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad”. La STS 29 septiembre 2022 de manera un tanto escueta se limita a establecer que “los gastos de suministros del inmueble serán abonados por el actor desde el momento que ostente el uso de la vivienda”<sup>107</sup>.

Otra cuestión que afecta gravemente a la economía de los cónyuges es el pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario que afecte a la vivienda. Al respecto el Tribunal Supremo ha estimado que las cuotas de amortización

---

de 140 m<sup>2</sup> y otro de 105 m<sup>2</sup>. Sin embargo, no se admite la división material del inmueble porque la atribución de la vivienda se efectuó en convenio regulador y no se ha probado la existencia de un cambio sustancial de circunstancias que justifique la modificación pretendida de la medida.

104 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “I. La atribución”, cit., p. 43.

105 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 29.

106 STS 25 septiembre 2014 (Tol 4525349).

107 STS 29 septiembre 2022 (Tol 9253220).



del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda ganancial no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales, que, en consecuencia, deberán ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad (STS 28 marzo 2011)<sup>108</sup>. Con esta medida se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado del uso de la casa que le ha sido atribuido al otro cónyuge, y, sin embargo, se vea obligado a pagar, de manera exclusiva o en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo que en su día solicitaron ambos solicitados por ambos esposos para la adquisición del hogar conyugal, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos<sup>109</sup>. La misma solución se mantiene, cuando el régimen económico-matrimonial es el de separación de bienes, en cuyo caso el pago del préstamo hipotecario sobre la cosa, perteneciente pro indiviso a ambos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria, se registrará por el art. 393 CC, de modo que se hará en proporción a sus respectivas cuotas de participación, que, salvo prueba, en contrario, se presumen iguales. Así las SSTs 26 noviembre 2012<sup>110</sup> y 20 marzo 2013<sup>111</sup>. En consecuencia, el pago del préstamo hipotecario se tiene que hacer de acuerdo con lo que resulte del título de adquisición de la vivienda y teniendo en cuenta los pactos a los que los cónyuges hubieran llegado con el banco al concertar el contrato STS 24 de abril 2018<sup>112</sup> todo ello sin perjuicio, de que, si quien paga en virtud de dichos pactos resulta no ser propietario de la vivienda, pueda reclamar, por vía de regreso, a quien realmente lo fuera STS 17 febrero 2014<sup>113</sup><sup>114</sup>.

Esta medida sí que estaba prevista en el párrafo 5 del art. 96 CC del anteproyecto de corresponsabilidad parental que a grandes rasgos atribuía los gastos ordinarios de conservación y mantenimiento al cónyuge beneficiario y los extraordinarios -impuestos incluidos- al propietario o copropietarios de la vivienda familiar. En el caso de la hipoteca se remitía a los pactos del título constitutivo<sup>115</sup>. Asimismo, en

---

108 STS 28 marzo 2011 (Tol 2082300).

109 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Prólogo", cit., p. 29.

110 STS 26 noviembre 2012 (Tol 2708269).

111 STS 20 marzo 2013 (Tol 3783030).

112 STS 24 de abril 2018 (Tol 6591963).

113 STS 17 febrero 2014 (Tol 4119495)

114 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Prólogo", cit., p. 29.

115 El art. 96.5 del anteproyecto de corresponsabilidad parental establece: "5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título.

Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución".

el art. 219-8 de la PCC se contempla la “distribución de los gastos relacionados con la vivienda familiar”<sup>116</sup>.

## 5. La atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho.

El nuevo art. 96 CC tampoco contiene ninguna referencia a las parejas de hecho, de modo que de su lectura podría pensarse que solo puede aplicarse en aquellos casos de crisis en las que existe un vínculo matrimonial. Sin embargo, en la jurisprudencia anterior a la reforma del citado precepto el Tribunal Supremo ya se había pronunciado sobre la atribución de la vivienda en este tipo de relaciones convivenciales. No obstante, las soluciones ofrecidas por el Alto Tribunal en el caso de la ruptura de la convivencia son diferentes según que la pareja tuviera hijos comunes o no.

En el caso de uniones *more uxorio* se ha aplicado por analogía la solución prevista en el antiguo art. 96.I CC (ahora 96.I) para los matrimonios con hijos comunes que a partir de la reforma se refiere exclusivamente a los menores de edad o a las mayores que se encuentren en una situación de discapacidad<sup>117</sup>. En la jurisprudencia es de destacar la ya citada STS 1 abril 2011<sup>118</sup> que en un supuesto de ruptura de la convivencia de una pareja *more uxorio* admite la aplicación analógica del art. 96 CC en los casos en que existen hijos comunes. Se establece que el criterio de semejanza que permite la aplicación de la analogía ex art. 4.I CC. “no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor; protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE”. En posteriores sentencias se ha venido manteniendo que en el caso de uniones no matrimoniales que las reglas sobre la atribución de vivienda ex art. 96 CC, referida a los cónyuges, también se aplica en el caso de la existencia de hijos menores en las parejas no casadas. Se reitera que ello es posible habida cuenta la situación de analogía que existe por la protección de menor<sup>119</sup>.

116 Artículo 219-28. Distribución de los gastos relacionados con la vivienda familiar.

1. Los gastos derivados de la adquisición de la vivienda habitual de la familia y otras obligaciones accesorias adquiridas por los cónyuges ligadas a aquélla se rigen por el título de adquisición.

2. Con independencia de que la titularidad de dicha vivienda sea común o pertenezca en exclusiva a uno de los cónyuges, el que resulte beneficiado con su uso viene obligado a satisfacer los gastos ordinarios derivados de la utilización y mantenimiento del inmueble, así como las cuotas devengadas mensualmente en un régimen de propiedad horizontal.

3. Los tributos anuales de carácter local que graven la propiedad del inmueble corren a cargo del propietario del bien, salvo que el uso se haya decretado exclusivamente en interés de uno de los cónyuges sobre propiedad privativa del otro. En tal caso el juez, a la vista de las circunstancias concurrentes, valorará la pertinencia de repercutir sobre el usuario el importe de dichos tributos mientras goce del bien, apercibiéndole de que el incumplimiento reiterado de esta obligación puede motivar la extinción de su derecho.

117 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “I. La atribución”, cit., p. 61, estima que la aplicación analógica obedece al mandato del art. 14 CE que impide la discriminación de los hijos por razón de su filiación.

118 (Tol 2093031)

119 Así sucede con las SSTS 24 marzo 2021 (Tol 8379008), 22 febrero 2017 (Tol 5978002) y 23 enero 2017 (Tol 5950973).

## 6. La atribución de la vivienda familiar a otros parientes.

En algunas ocasiones en la jurisprudencia la custodia de los hijos menores se ha concedido a otros parientes diferentes a los progenitores. Este ha sido el caso en los que, aún manteniendo la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores, sin embargo, la guarda y custodia se concede a otros parientes como abuelos o tíos que carecen de vivienda lo suficientemente adecuada para satisfacer las necesidades habitacionales del menor. Esta posibilidad está contemplada en el art. 103. 1ª. II CC en sede de medidas provisionales<sup>120</sup>. En la doctrina se ha planteado la posibilidad de que una vez otorgada la guarda y custodia a otros parientes el juez puede atribuir a estos el uso de la vivienda familiar habida cuenta que el hijo menor queda en compañía de estos<sup>121</sup>. Entendemos que en la reforma también debería de haber permitido que en el art. 96.I que además de los progenitores se hubiera mencionado a otros parientes. Así pues, en vez de la expresión del “cónyuge en cuya compañía queden” podría haberse utilizado la fórmula del “cónyuge o pariente en cuya compañía queden”. En la jurisprudencia es posible encontrar sentencias en las que la guarda y custodia se adjudica a los abuelos o tíos, pero sin embargo, en estas resoluciones se establece como domicilio del menor el de los familiares que en cuya compañía queda<sup>122</sup>. Esto obedece a que por regla general, los abuelos tienen solucionadas sus necesidades habitacionales y no solicitan que se les adjudique el uso de la que fue la vivienda familiar de los progenitores del menor.

120 El art. 103 CC establece que: “Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

121 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales”, cit., pp.14-16, estima que esta medida tiene encaje en el art. 96.I CC. Puesto que de la misma manera que es posible atribuir la vivienda al cónyuge custodio en aquellos casos en que no tiene ningún derecho de propiedad sobre la vivienda familiar, también ha de ser posible atribuir su uso al familiar al que se le ha otorgado la guarda y custodia.

122 En la SAP Madrid (S. 22) 15 junio 2018 (Tol 6794548) se atribuye provisionalmente la guarda y custodia para los abuelos maternos hasta que la madre pueda trasladar su residencia junto con su hija menor. En la SAP A Coruña (S. 5ª) 8 junio 2017 (Tol 7226375) se atribuye la guarda y custodia a la abuela paterna del nieto menor de edad que ya la venía ejerciendo de hecho desde que aquel tiene cuatro años de edad. Se mantiene en el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores. En la SAP Lugo 1 junio 2007 (Tol 7472602) se adjudica la guarda y custodia de un el menor con graves problemas de salud en favor de los abuelos maternos en un supuesto en el que los progenitores biológicos nunca se ocuparon del menor desde su nacimiento. En la STS 13 febrero 2015 (Tol 4712378) en un caso en el que el padre de la menor fue asesinado por su madre. En la custodia de la menor que un principio la tenía su tía paterna se cambia a los abuelos maternos habida cuenta la incapacidad de la tía de establecer relaciones satisfactorias de la menor con sus abuelos.

## 7. La compensación económica al cónyuge que queda sin vivienda.

En la doctrina se ha destacado como en ocasiones la atribución incondicionada de la vivienda familiar al cónyuge custodio puede dejar en una situación precaria al otro cónyuge. Así sucede en aquellos casos de rentas bajas y en los que no se disponga de una segunda vivienda en la que este pueda alojarse. El cónyuge no custodio, que por lo general suele ser el marido, al quedar despojado del uso de la vivienda familiar tiene que buscarse una solución habitacional. Lo que pasa, dependiendo de su nivel económico, por comprar otra vivienda, alquilarla o volver a casa de sus padres si todavía tiene esta posibilidad. A lo anterior hay que añadir las posibles pensiones que pueda verse obligado a pagar, tanto de alimentos como compensatoria, así como el pago de las cuotas del préstamo hipotecario solicitado para adquirir la vivienda familiar. En este último caso, si la vivienda familiar es de su exclusiva propiedad tendrá que satisfacer el solo la cuota de la hipoteca<sup>123</sup>.

En algunos ordenamientos jurídicos se ha llegado a prever una compensación económica para el caso de que la vivienda cedida perteneciera en exclusiva al cónyuge no custodio. Este es el caso contemplado en Código Civil y Comercial de la Nación argentino también se establece una compensación en el Artículo 444 (Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar): "A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda". En la Ley 25/2010, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familiar, en su art. 233-20 (Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar) se establece: "7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge". En la anulada Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunitat Valenciana, también se establecía una compensación en su art. 6. (Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar). En el párrafo 1 in fine se establece que: "En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los

123 CHAPARRO MATAMOROS, P.: "1. La atribución", cit., p.2, señala que esta situación del cónyuge custodio puede incluso empeorar en los supuestos en los que se haya quedado en situación de desempleo.

hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores”. Asimismo, en la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, en su artículo 219-27 (Computación de la asignación del uso) se establece que: “Cuando la titularidad de la vivienda sea común o pertenezca en exclusiva al cónyuge privado del uso la atribución de este derecho se computará como contribución en especie a los alimentos de los hijos o a la compensación por desequilibrio que, en su caso, se reconozca al otro cónyuge”.

En nuestra opinión la nueva redacción del art. 96 CC debería de haber previsto alguna compensación para el cónyuge al que no se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar especialmente en los casos en los que fuese el propietario exclusivo del inmueble.

#### **8. Falta de regulación de las causas de extinción del uso de la vivienda.**

Otra cuestión que sigue sin contemplar el nuevo precepto es el de las causas de extinción de la atribución de la vivienda familiar. Realmente esta cuestión debería de haberse contemplado en un nuevo precepto. En cualquier caso, tampoco es comprensible esta falta de regulación habida cuenta que la jurisprudencia se había pronunciado al respecto en los últimos años.

En el art. 96 se encuentran implícitas varias causas de extinción del derecho de atribución de la vivienda: a) en el caso de los hijos menores sujetos a custodia monoparental el derecho de uso se extingue cuando aquellos alcancen la mayoría de edad (art. 96.I. I). b) En el caso de los hijos menores sujetos a custodia monoparental que estén en situación de discapacidad la extinción se producirá, en su caso, cuando finalice el plazo que el juez hubiese determinado cuando aquella situación hiciera conveniente la continuación del uso de la vivienda familiar después de la mayoría de edad (art. 96.I. I in fine). c) En el caso de los hijos mayores de edad que estuvieran en situación de discapacidad como quiera que están equiparados a los hijos menores de edad que estén esa misma situación, también se extinguirá el derecho de uso cuando expire el plazo que el juez hubiera dispuesto. e) En el supuesto de hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica el derecho de uso de la vivienda familiar o la cantidad que se entregase por el equivalente al uso se extinguirá cuando desaparezca la necesidad objetiva de vivienda y en su caso cuando expire el plazo establecido por la autoridad judicial. Salvo que concurra la situación de necesidad y se requiera una prórroga del plazo (art. 96.I.VI). f) En el caso de no haber hijos comunes se extinguirá el derecho de uso de la vivienda familiar del cónyuge más necesitado de protección cuando hubiera transcurrido el plazo fijado por el juez o hubiera desaparecido aquella situación de necesidad de protección.

Además de las circunstancias citadas, en la jurisprudencia, sin apoyo en ningún precepto legal expreso, se ha considerado que el derecho de uso se extingue también por la convivencia de hecho con un tercero en la vivienda familiar, por entender que, en tal caso, la vivienda pierde su originario carácter “familiar”, desapareciendo su antigua naturaleza, al “servir en su uso a una familia distinta y diferente” a la formada por los cónyuges<sup>124</sup>.

La STS (Pleno) 20 noviembre 2018<sup>125</sup> afirma, así, que “La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar”. La misma doctrina aplica la posterior STS 29 octubre 2019<sup>126</sup>, que confirma la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por introducción en ella de una pareja sentimental de la mujer, titular del derecho de uso. Afirma que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que, manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del marido, que además abona el 50% del préstamo hipotecario. En el mismo sentido, se orienta la STS 23 septiembre 2020<sup>127</sup>, que, no obstante, todavía prolongó el derecho de uso de la vivienda familiar, en la que la usuaria vivía con su nuevo cónyuge, por el máximo de un año.

El legislador tendría que haber incluido en el precepto, o incluso mejor en uno separado, una fórmula de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar. En el Derecho comparado podemos encontrar algún ejemplo en el art. 445 CCCN<sup>128</sup>. Asimismo, en el art. 219-29 PCC se regula la extinción del derecho

124 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 32.

125 STS (Pleno) 20 noviembre 2018 (Tol 6921906).

126 STS 29 octubre 2019 (Tol 7571565).

127 STS 23 septiembre 2020 (Tol 8111765).

128 El CCCN establece “Artículo 445. Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa: a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez; b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación; c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

de uso de la vivienda familiar<sup>129</sup>. Finalmente, también se ha regulado la extinción del derecho de uso en el art. 233-24 CCCat<sup>130</sup>

## 9. La exclusión de la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de precario.

Estimamos que en aquellos casos en los que la vivienda familiar hubiera sido cedida gratuitamente a los cónyuges por terceras personas que no se debería de poder atribuir el uso de la misma. En los casos de precario el juez tendría que fijar un plazo de transición en el cual el cónyuge custodio tendría que buscar otra vivienda. La implantación de esta medida obedece a motivos prácticos tendentes a evitar el futuro pleito en el que los familiares que han cedido en precario una vivienda para que sea ocupada por su hijo reclamarán que se les reintegre su uso<sup>131</sup>. Esta posibilidad de excluir las viviendas que han sido cedidas a uno de los cónyuges está contemplada en el art. 219-24. 2 PCC<sup>132</sup>. Una solución diferente era la prevista en el art. 96.7 II del anteproyecto de corresponsabilidad parental que

129 Artículo 219-29. Extinción del derecho de uso.

El derecho de uso se extingue por las siguientes causas:

a) Si ha sido conferido por razón de la guarda, por la finalización de aquella. Sin embargo, la autoridad judicial podrá decretar una limitación temporal cuando dicho mantenimiento comprometa gravemente la economía del cónyuge no adjudicatario o fomenta situaciones abusivas.

b) Cuando se concedió al cónyuge más necesitado de protección:

1° Por el transcurso del tiempo prefijado para su duración.

2° Por la recuperación económica del cónyuge usuario.

3° Por el matrimonio o convivencia del usuario con tercera persona

4° Por el fallecimiento del cónyuge usuario.

c) A instancias del otro cónyuge, por el incumplimiento reiterado por parte del usuario de la obligación de abonar los tributos que gravan la vivienda, si el juez se la hubiere impuesto en aplicación de lo previsto en el artículo anterior

130 Artículo 233-24. Extinción del derecho de uso.

1. El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.

2. El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:

a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.

b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.

c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.

d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.

e) De común acuerdo entre los cónyuges o por renuncia del cónyuge beneficiario.

3. Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso.

131 En ARNAU MOYA, F.: “Desahucio por precario y atribución de la vivienda en las crisis familiares”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 17, 2022, pp.642-689, decíamos que en ocasiones el Tribunal Supremo ha admitido que se atribuya al cónyuge custodio una vivienda alternativa a la familiar para evitar un desahucio por precario cuando aquella no pertenece a los cónyuges sino a terceros. Se reconoce esa posibilidad en las SSTs 24 mayo 2021 (Tol 8454612), 15 julio 2015 (Tol 5212102), 3 diciembre 2013 (Tol 4035486), 5 noviembre 2012 (Tol 2675572) y 29 marzo 2011 (Tol 2098863). En parecidos términos se había manifestado anteriormente CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso*, cit., pp. 136-140.

132 Artículo 219-24. Atribución de uso de la vivienda habitual. Delimitación objetiva.

1. Las medidas adoptadas por el juez pueden afectar a viviendas privativas de cualquiera de los cónyuges o comunes a ambos que hayan servido de domicilio familiar o que, en general, se revelen aptas para colmar sus necesidades de vivienda.

establecía que “Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación”. Finalmente, está el caso del CCCat en cuyo art. 233-21. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda establece “2. [...] Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias”.

También han quedado fuera de las previsiones del nuevo art. 96 CC otras situaciones en las que es un tercero el que tiene la vivienda por cuyo uso se enfrentan los antiguos cónyuges o convivientes. No se han regulado situaciones derivadas de un contrato como el de arrendamiento o el de comodato, tampoco se han contemplado supuestos de cotitularidad hereditaria en los que uno de los cónyuges es coheredero, con otros de la vivienda que constituye el domicilio familiar. Tampoco se ha contemplado la comunidad ordinaria cuando la vivienda se ha adquirido por un conjunto de personas entre las que se encontraba uno de los cónyuges. Finalmente, también se ha dejado fuera del supuesto de hecho del art. 96 aquellos casos en los que uno de los esposos tuviera a su disposición un vivienda como retribución en especie por su situación profesional como sucede con militares o guardias civiles<sup>133</sup>.

## V. LA DISPOSICIÓN CONJUNTA DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL NUEVO ART. 96.

### I. La disposición conjunta de la vivienda familiar.

Como ya hemos indicado como la doctrina venía distinguiendo dos regulaciones dentro del antiguo art. 96 CC, la de la atribución de la vivienda familiar en los párrafos I al III y la relativa a la disposición de aquella vivienda en el apartado IV. El nuevo párrafo 3 del art. 96 CC también se refiere a la disposición de la vivienda familiar. En este caso la técnica legislativa ha consistido en reescribir y ampliar el anterior párrafo IV que ahora pasa a tener tres frases: la primera de ella es muy similar, aunque no idéntica a la del antiguo apartado IV y las dos siguientes han sido introducidas *ex novo* por la reforma. El nuevo párrafo 3 queda redactado en

---

2. Sin embargo, quedan excluidos de este régimen aquellos inmuebles pertenecientes a terceras personas donde los cónyuges hayan vivido mientras duró la convivencia conyugal por mera tolerancia de su titular o mediando comodato a favor de cualquiera de los cónyuges.

133 TENA PIAZUELO, I.: “Conflicto”, cit., p.17.



los siguientes términos: “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”<sup>134</sup>.

La doctrina que analizó el anterior art. 96.IV, estimaba que aquel precepto establecía un sistema de disposición conjunta semejante al establecido en el art. 1320 CC<sup>135</sup>. Cuanto se dijo por la doctrina respecto de la versión anterior es aplicable al nuevo párrafo por cuanto que se ha mantenido en parecidos términos la anterior redacción. Así pues, en la primera frase del párrafo prohíbe la disposición unilateral de la vivienda familiar, de modo que se extiende todos los negocios dispositivos relacionados con la propiedad con la vivienda, incluso en el caso que esta pertenezca al cónyuge al que no se le ha atribuido su uso<sup>136</sup>. También se ha de incluir dentro de esta prohibición la constitución unilateral de derechos reales u obligacionales como un derecho de arrendamiento<sup>137</sup>. Aunque el precepto está exigiendo el consentimiento de ambos ex cónyuges para la transmisión de la vivienda familiar, realmente lo que se trata de evitar es la disposición del titular de la propiedad de la vivienda familiar sin que esté acompañada del consentimiento de la parte que no es titular. En este caso se prevé de manera implícita la posibilidad de pedir la anulabilidad del negocio jurídico realizado sin la concurrencia de su consentimiento tal como sucede en el caso del art. 1320 I CC<sup>138</sup>.

## 2. Las novedades en materia de disposición conjunta.

En la primera frase que se añade al antiguo art. 96. IV se establece que “Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad”. Esta medida es muy acertada, puesto en anterior párrafo IV no existía ninguna referencia a esta cuestión lo que provocaba dificultades al cónyuge no titular para inscribir en el Registro de la Propiedad su derecho de

134 Señala ORDÁS ALONSO, M.: “9. La atribución del uso”, cit., p. 307, estima acertado que la expresión “cuyo uso corresponda al cónyuge no titular” haya sido sustituida por la de “cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores”. De este modo se puesto fin a la polémica respecto a la concreción del ámbito de aplicación del antiguo párrafo III.

135 El art. 1326 CC establece que: “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso; autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.”

136 ORDÁS ALONSO, M.: “9. La atribución del uso”, cit., p. 307, estima que la protección del derecho de uso de la vivienda familiar funciona como una especie de derecho de veto que de ser utilizado impide que el cónyuge titular realice actos de disposición que puedan afectar al interés familiar. Esta limitación a la facultad de disponer, junto con el derecho ocupacional integra el derecho de uso de la vivienda familiar.

137 ROCA TRIAS, E.: “Comentario”, cit., p. 402.

138 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1001, estima que el antiguo art. 94 IV (ahora 96.3 CC) es similar al art. 1320 in fine Código civil, si bien este último aplicable en situaciones de normal convivencia familiar.

uso sobre la vivienda cuando no era copropietario de la misma. La doctrina de la antigua RDGRN fue vacilante al respecto, en primer momento no se permitía la inscripción de este derecho, sin embargo, finalmente se impuso la tesis de permitir el acceso del derecho de uso sobre la vivienda familiar al Registro de la Propiedad. Para justificar el acceso al registro del derecho de uso de la vivienda familiar se utilizó la técnica de considerar el art- 96. IV como una prohibición de disponer a las que el art. 26 LH permite el acceso al Registro de la Propiedad<sup>139</sup>.

El grave problema que originaba la falta de inscripción registral del derecho de uso sobre la vivienda familiar era que el tercero adquirente de buena fe por desconocer aquella circunstancia siempre iba a quedar protegido en su adquisición por virtud del art. 34 LH<sup>140</sup>. En ese sentido la jurisprudencia ha venido considerando que el derecho de uso sólo es oponible a los compradores de la vivienda cuando no estén protegidos por el art. 34 LH<sup>141</sup>.

De todo lo anterior se deduce que para evitar que el tercero adquirente de la vivienda familiar pueda escudarse tras del art. 34 LH, el cónyuge al que se le ha adjudicado el derecho de uso sobre la misma tendrá que inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Solo de ese modo logrará evitar la enajenación o incluso gravamen de la vivienda familiar por parte del cónyuge propietario exclusivo o copropietario de la vivienda<sup>142</sup>. Tras la nueva redacción del precepto este problema ha quedado resuelto al permitirse expresamente que la restricción sobre la vivienda familiar acceda al Registro de la Propiedad. No obstante, la nueva redacción del art. 96.3 CC adolece del mismo defecto que su precedente, puesto que no establece ninguna sanción para el caso del incumplimiento de sus previsiones<sup>143</sup>.

En la segunda frase introducida por el nuevo art. 96.3 CC se dice que “La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no

---

139 GARCÍA MAYO, M.: “El uso de la vivienda”, cit., p. 2005, estima que la medida contenida en el art. 96. 3 se trata de una prohibición de disponer ex lege. Al tiempo que señala que la RDGRN 5 septiembre 2016 admite la inscripción del derecho de uso la vivienda con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya: bien como una prohibición de disponer ex art. 26.2 LH o bien como un derecho real. En todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario al que no se le ha atribuido el uso y que produce efectos *erga omnes*.

140 ROCA TRÍAS, E.: “Comentario”, cit., p. 402.

141 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., p. 25. En ese sentido se han manifestado las SSTs 22 diciembre 1992 (Tol 1654942), 20 mayo 1993 (Tol 1654894), 18 octubre 1994 (Tol1665543), 14 diciembre 2004 (Tol 526529), 8 mayo 2006 (Tol 934879), 27 febrero 2012 (Tol 2468857), y la más reciente STS 24 marzo 2021 (Tol 8379008).

142 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Prólogo”, cit., pp. 30 y 31, se apoya en lo manifestado por las RRDGRN 25 octubre 1999 (Tol 132594), 31 marzo 2000 (Tol 133003), 19 mayo 2000 (Tol 132821) y 19 septiembre 2007 (Tol 1155088).

143 ORDÁS ALONSO, M.: “9. La atribución del uso”, cit., pp. 308 y 309, estima que la aplicación analógica del art. 1322 CC permite que el titular del derecho uso de la vivienda familiar sea el único legitimado para destruir la validez del acto disposición realizado por el titular del derecho de propiedad sin su consentimiento o en su defecto del de la autoridad judicial.

perjudicará al adquirente de buena fe". Esta frase aun a pesar de ser una copia literal del art. 1320.II CC, sin embargo, no había sido incluida en la versión anterior del art. 96. IV. Esta frase ha de interpretarse en el sentido de que, cuando es la propia declaración del vendedor la que provoca la buena fe del comprador, la anulación del contrato instada por el titular del derecho de uso no produce efectos frente a él, pero, sin embargo, deberá soportarlo, salvo que éste protegido por el art. 34 LH, pues, en este punto, sí que es un tercero ajeno al proceso en el que recayó la sentencia constitutiva del derecho, que recordemos tiene eficacia real<sup>144</sup>.

El art. 91.I RH está relacionado con la disponibilidad del derecho de uso de la vivienda al establecer que "Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter". También hay que tener que en ocasiones en resoluciones de la DGSJFP se ha admitido actos de disposición sobre viviendas privativas de uno de los ex cónyuges<sup>145</sup>.

En la doctrina se ha criticado que a pesar de que la reforma del art. 96.3 CC que permite el acceso al registro de la limitación de disponer de la vivienda familiar, sin embargo, el legislador se ha olvidado de incluir el aspecto positivo del derecho de uso que no es otro que la de la ocupación del inmueble. De modo que la prohibición de disponer no sería sino una medida de refuerzo del derecho de uso. En consecuencia, se propone que respecto del contenido positivo de esa medida la única vía para garantizar su acceso al Registro de la Propiedad es reconocerle su condición de derecho real. De ese modo el derecho de uso al tener naturaleza real podría acceder directamente al registro por aplicación de las previsiones del art. 2.2 LPH<sup>146</sup>.

No obstante, el derecho de uso inscrito no será oponible en el caso de las enajenaciones forzosas que tengan su origen en la responsabilidad en que haya

144 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Prólogo", cit., p. 31.

145 La RDGSJFP 16 junio 2020 (Tol 8028388) admite la hipoteca sobre una vivienda privativa del hipotecante divorciado que manifiesta que es su vivienda habitual pero no la familiar. En este caso no es exigible el consentimiento de ambos cónyuges. En el caso de la RDGSJFP 18 febrero 2021 (Tol 8341646), se estima que no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge puesto que se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda habitual y que limite su uso. En ese se trata de la donación de la nuda propiedad de una vivienda privativa del donante que no afecta al usufructo que habilita para el goce y disfrute de la vivienda, por lo que no se conculca la finalidad práctica de impedir que los actos unilaterales del cónyuge titular con carácter privativo puedan provocar el desalojo del hogar familiar.

146 NATURALEZA DERECHO REAL= DERECHO USO= GARCÍA MAYO, M.: "El uso de la vivienda", cit., pp. 2010 y 2011, además señala que el título a inscribir sería la sentencia de separación, nulidad o divorcio o incluso la escritura pública en el caso de separación o divorcio notarial. Además, la naturaleza real permite que el derecho pueda ser objeto de una inscripción y así gozar de la fe pública registral ex art. 34 LH.

incurrido el titular de la vivienda como sucede en el caso de impago de una hipoteca constituida antes de la crisis familiar<sup>147</sup>. En consecuencia, como en la subasta no se tiene en cuenta la voluntad del titular del bien tampoco tiene efectividad la oposición del titular del derecho de uso<sup>148</sup>. Tampoco es oponible el derecho de uso inscrito en aquellos casos en los que la vivienda familiar es propiedad de un tercero que no ha sido parte en el proceso de nulidad, separación o divorcio como es el progenitor que ha cedido en precario la vivienda a su hijo para que la utilice junto con su esposa o pareja sentimental y en su caso con sus nietos.

---

147 Así se han manifestado la STS 118/2015 de 6 marzo que estima que el derecho de uso no es oponible al adjudicatario, en el caso de una vivienda privativa del cónyuge titular que fue hipotecada antes del matrimonio. Asimismo, las RRDGRN 8 abril 2015 y 5 septiembre 2015 admiten que la ejecución de la hipoteca anterior a la constitución del derecho de uso no es oponible. En parecidos términos la STS 584/2004 de 22 abril, en la que además la esposa había prestado su consentimiento a la hipoteca.

148 GARCÍA MAYO, M.: "El uso de la vivienda", cit., p. 2011 y 2012.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, 2005.

ARNAU MOYA, F.: "La temporalidad de la prestación compensatoria. Una evolución jurisprudencial y legislativa" en AA.VV.: *El nuevo derecho de la persona y de la familia: (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, J.M. Bosch Editor, 2011 (dir. R. BARRADA ORELLANA, M. GARRIDO MELERO y S. NASARRE AZNAR), pp. 313-326.

- "Desahucio por precario y atribución de la vivienda en las crisis familiares", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 17, 2022, pp.642-689.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, 2005.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm.45/2018.
- "I. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 36-63.

CUENA CASAS, M., "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp.275-442.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Prólogo", en AA.VV. *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 25-32.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y BUENO BIOT, A.: "La temporalidad de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del tribunal supremo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, pp. 776-797.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 91, núm. 752, 2015, pp.3387-3466.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario del art. 96” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, arts., I a 151 (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1000- 1016.

GARCÍA MAYO, M.: “El interés del menor frente a la pretendida patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar. Comentario a la STS 284/2019 de 23 de mayo [R] 2019, 2131]”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 50, 2019

- “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3 (julio-septiembre, 2021), Estudios, pp. 187-221.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96, p. 1, 2 Y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: “La extinción de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una revisión (crítica) de la STS 31 enero 2022”, *Revista Boliviana de Derecho*, 34, 2022, pp. 252-281.

RIBERA BLANES, B.: “La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, pp.482-529.

ROCA TRÍAS, E.: “Comentario del art. 96 CC”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 399.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: “La atribución del uso de la vivienda familiar”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2016.

- “La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia”, en AA.VV.: *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

TENA PIAZUELO, I.: “Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales”, en AA.VV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. M.V MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Aranzadi, 2022.