

EL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL EN EL PUNTO DE MIRA*

ARTICLE 96 OF THE CIVIL CODE IN THE SPOTLIGHT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 104-141

* El presente trabajo se enmarca también en el Proyecto de investigación AICO/2021/090 "La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial", financiado por la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana, del que es investigador principal el profesor José Ramón de Verda y Beamonte.



María Dolores
CERVILLA
GARZÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: Este trabajo contiene un análisis crítico del redactado del art. 96 CC por la Ley 8/2021, comparándolo con el texto que sustituye y proponiendo un nuevo texto acomodado a las necesidades de la familia de este siglo y atendiendo a los intereses que debe proteger.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; hijos; custodia; cónyuge; pareja de hecho; uso; crisis familiar.

ABSTRACT: *This paper contains a critical analysis of the new art. 96 CC, comparing it with the text that it replaces and proposing a text adapted to the needs of the family of this century and taking into account the interest that it must protect*

KEY WORDS: *Family home; children; custody; spouse; partner; use; family crisis.*

SUMARIO.- I. PREFACIO: EL DERECHO A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEY 30/1981 DE 7 DE JULIO.- II. APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA A LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 96 CC.- 1. La minoría de edad de los hijos comunes como límite a la duración del derecho.- 2. La aplicación analógica a las parejas de hecho.- 3. Custodia compartida y uso de la vivienda familiar.- 4. La atribución de la vivienda de otros: comodato versus precario.- 5. La extinción del uso por convivencia con un tercero beneficiario/a.- 6. La repercusión patrimonial del derecho a usar la vivienda.- 7. Los gastos de la vivienda familiar.- III. LA REFORMA DEL ART.96 CC POR LA LEY 8/2021.- IV. LOS CRITERIOS DEL ART. 96 CC SOLO PROCEDEN “EN DEFECTO DE ACUERDO DE LOS CÓNYUGES APROBADO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL?.- V. ¿LA EQUIPARACIÓN DE LOS HIJOS CON DISCAPACIDAD A LOS MENORES DE EDAD ESTÁ ALINEADA VON LA FILOSOFÍA DEL CONVENIO DE NUEVA YORK?- VI. ¿ES NECESARIA LA ACLARACIÓN DE QUE LAS NECESIDADES DE VIVIENDA DE LOS MAYORES DE EDAD SE INCLUYEN EN EL CONCEPTO “ALIMENTOS”?.- VII. ¿POR QUÉ NO SE ALUDE DIRECTA O INDIRECTAMENTE A LA CUSTODIA COMPARTIDA?- VIII. DERECHO DE USO/SIMPLEMENTE USO/FACULTAD DISPOSITIVA?- IX. ¿CUÁL ES EL INTERÉS DEL MENOR EN EL ART. 96 CC?- X. CONCLUSIÓN: UNA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 96 CC.

I. PREFACIO: EL DERECHO A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEY 30/1981 DE 7 DE JULIO.

Durante la vigencia de la Red temática “Vivienda y familia en el siglo XXI”, el uso de la vivienda familiar que surge en las crisis familiares ha vuelto a centrar mis reflexiones, pero, esta vez, no analizando su régimen jurídico, sino cuestionándome su sentido en la sociedad de este siglo en el que han tenido lugar cambios sociales importantes¹. Las conexiones entre vivienda y familia así lo propiciaban dirigiéndome, de forma natural, a un espacio, querido y conocido, como es el régimen jurídico consagrado en el art. 96 CC. Desentrañar la función que está llamado a desempeñar en la estructura social de este momento que, en modo alguno, se asemeja a la existente cuando vio la luz, fue mi primera intención; pues de ella pende cualquier consideración o crítica al contenido de la norma que pueda expresarse desde esa perspectiva. Obviamente, el Derecho y, más aun, el

¹ Este trabajo que contiene los resultados de la investigación realizada en el marco de REDVIFAM, “Vivienda y familia en el siglo XXI”, Acciones de dinamización «Redes de Investigación», del programa estatal de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+I, subprograma estatal de generación de conocimiento, en el marco del plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación 2017-2020, ref: RED2018-102339-T, convocatoria 2018, parte de uno ya publicado en la obra colectiva realizada por integrantes de REDVIFAM *La vivienda familiar ante los retos de la crisis*, Dykinson, Madrid, 2022. Por ese motivo los epígrafes I y II de este ensayo guardan similitudes con el capítulo de libro “Una propuesta de reforma del art. 96C: el derecho a usar la vivienda familiar en el siglo XXI”, y “El derecho a usar la vivienda familiar cuarenta años después. Reflexiones sobre los cambios normativos e interpretativos del art. 96 CC”, en el libro homenaje a Carlos Lasarte, actualmente en prensa, en la medida que sus premisas sirven de sustento a los argumentos y el planteamiento de los epígrafes siguientes de este artículo.

• María Dolores Cervilla Garzón

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, <http://orcid.org/0000-0001-8221-9222>, <http://www.researcherid.com/rid/H-7070-2016>. <https://scholar.google.es/citations?user=GLjmk8AAA&hl=es>. Correo electrónico: dolores.cervilla@uca.es

Derecho de familia sirve a intereses sociales contingentes, por lo que, comprobar si el escenario ha variado sensiblemente es el primer paso para evaluar la adecuación de la norma al conflicto social que pretende evitar o, en su caso, corregir.

Todas estas cavilaciones no hubieran sido plasmadas y ordenadas en un ensayo como este, si no fuera por la reforma del CC por la Ley 8/2021 que afectó, directamente, al artículo 96 del CC. El sentimiento de la “oportunidad perdida” que me produjo la lectura del meritado precepto me ha llevado a expresar las preguntas que el “nuevo” (por reciente en el tiempo que no por su contenido) me ha suscitado.

En este sentido, me he dejado conducir por esas cuestiones que, “tal cual”, sirven de título a los diferentes epígrafes en los que se vertebra el discurso. Preguntas que el legislador, o no ha resuelto, o, peor aún, ha ocasionado. Para finalizar proponiendo una redacción al artículo 96 conforme a la función que hoy está invitado a desempeñar, sobre la base del interés o intereses que debe proteger. Ello pasa, necesariamente, por iniciar estas líneas contextualizando la primitiva redacción del art. 96 CC (muy semejante a la actual), en el contexto de la España postconstitucional germen y causa de su existencia.

El derecho a usar la vivienda familiar que nace como consecuencia de la crisis familiar es una medida relativamente reciente en los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos, que surge con una finalidad protectora de los sujetos más perjudicados por la ruptura cuyos intereses van a jugar un papel preponderante en el conflicto que constituye el supuesto de hecho de la norma. Su implementación, aunque muy generalizada no se percibe como uniforme pues todavía existen cuerpos jurídicos donde no se reconoce este derecho; de forma que el uso de la vivienda familiar continúa unido a la titularidad dominical, por lo que la disputa entre los cónyuges o ex cónyuges sobre este preciado bien se dilucida aplicando las reglas del régimen económico matrimonial (legal o pactado) que regía el matrimonio en crisis.

Quizás extrañe al lector que comencemos volviendo nuestra mirada a la Ley 30/1981 de 7 de julio, pero se justifica si partimos de que el derecho de uso que instauró la citada norma es, prácticamente, idéntico al actual por no haberse reformado, con la excepción aludida de la Ley 8/2021. En líneas generales, el derecho de uso de hoy es el mismo, en cuanto a su sentido y estructura.

En 1981 el legislador patrio, obedeciendo al mandato constitucional del art. 32, al mismo tiempo que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio, reguló dos consecuencias patrimoniales hasta entonces desconocidas para nuestro CC: la pensión compensatoria y el derecho a usar la vivienda familiar. Como es sabido, el derecho a usar la vivienda familiar surgido tras la crisis implicaba

e implica, en relación a este inmueble y los bienes que lo integran en concepto de ajuar, la desmembración entre titularidad y uso, atribuyéndose este último a uno de los ex cónyuges. A fin de dar respuesta a la disputa sobre el miembro de la pareja con mejor derecho a permanecer en la que fuera vivienda familiar sin abonar contraprestación alguna, el legislador construyó una serie de criterios de aplicación subsidiaria al pacto, que se articulan sobre la base de la protección de dos intereses que se presentan de forma jerarquizada. Uno preferente: el interés del menor, de manera que se vincula a la persona que asuma la custodia de los menores; y uno subsidiario y a falta de menores, el interés del ex cónyuge más necesitado de protección.

Iniciar estas reflexiones contextualizando el derecho de uso en el marco de la reforma nos conducen a hacerlo, también, en el seno del principio de igualdad que, entonces, solo hacía tres años había instaurado nuestra Constitución. Desde una perspectiva de género, la creación del derecho a usar la vivienda familiar merece un juicio positivo como una medida coadyuvante al reconocimiento de un mayor espacio liberto para la esposa que desee romper el vínculo. Para la mujer de la época, cuidadora de sus hijos y, generalmente, dedicada al hogar, el hecho de permanecer en él después de la ruptura, supuso dotarla de una base patrimonial importante para decidir con mayor libertad sobre su deseo de continuar la relación matrimonial. Esta afirmación merece ser matizada pues el derecho del uso dependía del cuidado de los hijos, por lo que de su literalidad no se infiere que se encuentre dirigida abiertamente a tal fin; ya que, en teoría, cualquier de los dos progenitores estaba llamado a desempeñar este rol. No obstante, en la sociedad española del momento, era impensable un escenario en el que fuera el padre el que ejercitara esta función de cuidado. Asumido como estaba que, en caso de crisis, los hijos debían permanecer junto a su madre, establecer un derecho de uso de la vivienda conectada con dicha actividad garantizaba a la mujer madre contar con un inmueble donde residir. Ello sumado al derecho a percibir una pensión compensatoria, conceptuada en ese momento como una percepción indefinida, constituían, ambos derechos, un respaldo económico muy importante que le permitía disponer de recursos para vivir fuera de la zona de confort que, hasta ese momento, era su matrimonio.

Así, el art. 96 CC, conforme a su primitiva redacción, se diseñó con la finalidad de establecer una serie de criterios de aplicación imperativa en la ruptura matrimonial contenciosa y con poco margen a la interpretación. De hecho, se presentan de forma jerarquizada y excluyente. El interés del menor, criterio preferente, aunque implícito, no se establecía, expresamente, en la literalidad del precepto limitándose el legislador a señalar que el beneficiario del uso lo era en cuanto conviviera con los hijos comunes sin alusión alguna a su edad; lo que permitía entender que el derecho de uso se mantenía aun en la mayoría

de edad si el hijo careciera de medios para subsistir justificado, entonces, en los alimentos debidos por su progenitor. Ello generó un derecho de uso indefinido sin un claro límite temporal. No se señala que el derecho de uso se referencie sobre un inmueble de titularidad o derecho conjunto de aprovechamiento, lo que facultaba al juez a construirlo sobre viviendas cuya titularidad la ostentaba un tercero. Tampoco se encuentra en la mente del legislador de 1981 la posibilidad de que el menor quede en compañía de ambos progenitores, pues la custodia compartida en ese momento no era conocida en nuestro Derecho. La norma no se decanta por calificar ni establecer la naturaleza jurídica de este nuevo derecho que, aunque se asimila al derecho real de uso, al exigir el consentimiento dual para que el titular ejerza la disposición del inmueble lo encadena a la categoría de derecho personal. Finalmente, y siguiendo con este esbozo de omisiones del precepto, no se pronuncia sobre la distribución de gastos que ocasione el uso y disfrute del inmueble o su titularidad ni tiene en cuenta la situación económica del privado del uso o del beneficiario, o la posibilidad de atribuir otros inmuebles, si hubiera hijos comunes.

II. APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA A LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 96 CC.

A fin de adaptar el texto a las características de la familia moderna, los Tribunales se han visto compelidos a realizar esfuerzos interpretativos para dar respuesta a conflictos que, en modo alguno, se encontraban en la mente del legislador. Quizás el mérito no sea del Derecho sino de nuestros magistrados. Pero el resultado ha sido satisfactorio, pues la jurisprudencia nos ha regalado resoluciones emblemáticas y, con su casuística, ha ido solventando los problemas que su aplicación ha generado en contextos diversos. Pasemos, a continuación, a esbozar los principales cambios acaecidos en la interpretación del ya viejo art. 96 CC.

I. La minoría de edad de los hijos comunes como límite a la duración del derecho.

Dado que el Código civil no mencionaba la minoría de edad como requisito del hijo a cuyo interés se atribuía el derecho de uso, durante un tiempo se mantuvo por un sector de la doctrina (en el que me incluía) que era indiferente la edad de los hijos para que entrara en juego el criterio primero del art.96 CC. En consecuencia, en los primeros años de aplicación de la norma (al igual que sucedió con la pensión compensatoria), los Tribunales se mostraron muy generosos en la delimitación del supuesto de hecho, concediendo con “alegría” pensiones compensatorias indefinidas y atribuyendo el uso de la vivienda familiar que, al no estar vinculado a la mayoría de edad de los beneficiarios, se convertía “de facto” en indefinido.

No obstante, esta inicial forma de proceder ha variado sensiblemente, pues los nuevos roles de género demandaban una más acertada ponderación de los intereses en pugna. Desde una perspectiva de género “bien entendida”, la integración de la mujer al mercado de trabajo pasa por incentivarla a ello y, al mismo tiempo, hacer desaparecer la función del matrimonio como sustento o medio de vida para la mujer cuidadora. En esa línea, la temporalización de la pensión compensatoria o la interpretación de los criterios de atribución de uso y las circunstancias de su cese, han colaborado a dicha labor.

Uno de las manifestaciones de la tendencia jurisprudencial aludida consiste en la interpretación del concepto “hijos” de la primera regla del art. 96 CC referido solo a los menores de edad. Y así lo ha entendido de forma unánime el Tribunal Supremo consolidando una línea interpretativa con fundamento en el derecho de alimentos de los hijos menores². Derecho de mayor entidad, como consecuencia del principio de protección y atención del interés del menor, y de diferente configuración, ya que sólo se pone de manifiesto en los supuestos de la ruptura de la convivencia de los obligados y de forma automática (sin que quepa cuestionar la existencia del derecho, no así su cuantía). En un escenario de armonía familiar, los alimentos son percibidos por el menor “en especies”, sin que sea acreedor de pensión monetaria alguna a diferencia del hijo mayor de edad, que podrá ser acreedor de una pensión alimenticia, si concurrieran los requisitos de necesidad establecidos en la legislación, a cargo de uno o de ambos progenitores, y con independencia de la convivencia o no de ellos. La dualidad de tratamiento apuntada tiene su reflejo en el Código Civil en el art. 93 CC, así como en la jurisprudencia³. En consecuencia, el derecho de alimentos debido al menor de edad se satisface, en los supuestos de crisis conyugal, por medio de la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando legalmente proceda; reproduciéndose el modelo del pago en especies que tiene lugar cuando existe paz familiar. Ello justifica la repercusión en la pensión alimenticia que debe abonar el cónyuge no custodio y que ha sido privado del uso del inmueble de su propiedad, debiendo ajustarse la cantidad debida en atención a esta circunstancia. En cambio, el derecho de alimentos de los hijos mayores da lugar al derecho de estos de percibir una cuantía económica, y no a residir en la que fuera vivienda familiar, de forma gratuita, a costa del progenitor propietario.

2. La aplicación analógica a las parejas de hecho.

La irrupción en el mundo de Derecho de familia de las parejas de hecho, facilitada por la extensión del concepto de familia más allá del matrimonio, propició ríos de tinta doctrinales, jurisprudenciales y legislativos (estos últimos en los territorios

2 Por todas, STS 16 junio 2014 (RJ 2014, 3073).

3 Por ejemplo, STS 18 marzo 2016 (RJ 2016, 1136), entre otras.

forales), sobre la oportunidad, conveniencia o legalidad del reconocimiento de los efectos jurídicos que demandaban. Las reglas del art. 96 CC también se vieron concernidas, y se plantearon ante nuestros Tribunales reclamaciones cuyo objeto era obtener la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar al conviviente en cuya compañía quedaran los hijos comunes o, a falta de estos, al más necesitado de protección. En este sentido, el fundamento jurídico se ubica en la aplicación analógica del precepto a las relaciones convivenciales por apreciar “identidad de razón” con las relaciones matrimoniales.

Habida cuenta que el criterio que prima la atribución del uso se sustenta en el interés del menor y que todos los hijos deben ser iguales, con independencia de su filiación, procede la atribución de uso de vivienda también en la ruptura de la convivencia en las parejas de hecho. La causa “iuris” de esta afirmación se localiza en la aplicación analógica de las normas del matrimonio; pues el interés del menor dota de identidad de razón ambas realidades y justifica tal forma de proceder. En este punto la doctrina y la jurisprudencia se han expresado de forma unánime, dada la contundencia del argumento.

Más rácanos se mostraron los operadores jurídicos en relación a la atribución del uso al conviviente más necesitado de protección, pues al no concurrir el interés del menor, la justificación para la aplicación analógica de la regla tercera del art. 96 CC es más endeble. Aunque algún pronunciamiento lo ha estimado justificado en el interés público existente en el supuesto, ello ha tenido lugar en el contexto de situaciones de vulnerabilidad del conviviente fruto de un gran desequilibrio patrimonial acompañadas de una limitación temporal muy medida⁴. No obstante, dicha aplicación analógica del art. 96,3 se encuentra cada vez más en entredicho, tras algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo en esa línea⁵ y con opiniones contundentes a este respecto en la doctrina especializada⁶.

4 En un primer momento se observó una tendencia en el TS a aplicar analógicamente también el párrafo 3 del art. 96 a las parejas de hecho. Muy significativa fue en su día la STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020): “Mas, en el caso, la cuestión planteada tiene otro carácter y ofrece otros matices : la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De aquí, que las normas que, sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso”

5 STS (pleno) 11 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148): “Por ello debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC (LEG 1889, 27) ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.”

6 Por todos, CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, en AA.VV.: *La vivienda en las crisis matrimoniales* (dir. por P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 36-62.

3. Custodia compartida y uso de la vivienda familiar.

La llegada de la custodia compartida en nuestro CC por la Ley 15/2005 de 8 de julio debió acompañarse de la reforma del art. 96,1 CC de manera que el juez dispusiera de algún criterio para proceder si los hijos permanecían en compañía de ambos progenitores. Pero no se hizo. Por lo que fueron los Tribunales los que debieron proceder interpretando las reglas adaptadas, de nuevo, a una realidad no prevista en las mismas. A pesar de la advertencia del Consejo General del Poder Judicial en el informe emitido en relación con la reforma que dice, textualmente, en el punto 21, párrafo 3): “Con relación a la vivienda familiar sería oportuno dar una nueva redacción a los artículos 96 y 103,2 CC para ponerlo en concordancia con la nueva regulación de la custodia compartida”).

La custodia compartida, por su propia naturaleza, implica, necesariamente, o bien la alternancia de los padres en el uso de la vivienda familiar; o bien la alternancia de los hijos residiendo, ora en la que fuera vivienda familiar; ora en la vivienda de su otro progenitor. Estas dos fórmulas son perfectamente factibles si existe consenso entre los progenitores. El dilema se suscita cuando, por no concurrir tal acuerdo, es el juez el que debe decidir sobre el uso del inmueble.

En la práctica⁷, los Tribunales, dado que no es de aplicación la regla primera del art. 96, han asimilado el supuesto de custodia compartida al previsto en el último párrafo del art. 96.1: “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.” Lo “procedente” consiste en atribuir el uso a uno de los ex cónyuges, debiendo ser los hijos los que se alternen residiendo ora en la que fuera vivienda familiar; ora en el domicilio del otro progenitor custodio. Fórmula menos problemática y más acorde con la titularidad del derecho de uso que debe corresponder a una de los progenitores, pues la posibilidad de un uso alterno, con la consiguiente titularidad alterna, no solo supone añadir tensiones a la rota y enfrentada relación sino forzar en demasía la interpretación de la norma.

La jurisprudencia del TS⁸ ha establecido también que, en caso de custodia compartida, no procede la atribución del uso de forma indefinida, ligada, como es el habitual en la exclusiva a la minoría de edad de los hijos, sino que debe fijarse un periodo que oscila entre dos o tres años a seis meses, pasado el cual se debe

7 ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2018.

8 Por ejemplo, SSTS 12 mayo 2017 (RJ 2017, 2203), 10 enero 2018 (RJ 2018,74) o 13 noviembre 2018, (RJ 2018, 4930), entre otras. Esta última dice, textualmente: “acordamos que no procede la adjudicación indefinida de la vivienda a ninguno de los progenitores, al ostentar ambos la custodia compartida, por lo que atendiendo al interés más necesitado de protección, debemos acordar que la vivienda la siga utilizando el padre, durante dos años, computados desde la fecha de la presente sentencia, período tras el cual deberá abandonarla, quedando sometida la que fue vivienda familiar al proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”.

reintegrar el inmueble a su titular o su liquidación si la titularidad es conjunta. El beneficiario del uso recae en el ex cónyuge más necesitado de protección que es aquel que presenta una mayor diferencia de recursos, criterio que es también el responsable de la duración temporal.

4. La atribución vivienda de otros: comodato versus precario.

El hecho de que el derecho a usar la vivienda familiar se configure como un derecho *per relationem*, unido al exceso de celo que durante unos años mostraron los juristas (académicos y aplicadores del Derecho) en la protección de la familia, fueron los culpables de una serie de resoluciones judiciales contradictorias que crearon, en su día, inseguridad y confusión.

Como quiera que el art. 96 CC no presupone que para que la atribución del uso se genere la vivienda tenga que ser de titularidad exclusiva de uno de los ex cónyuges o, al menos, compartida entre ambos, los jueces atribuyeron el uso de la vivienda sobre la base de los criterios del citado precepto con independencia de su titularidad. Por consiguiente, en algunos supuestos, la vivienda atribuida era propiedad un tercero que había cedido gratuitamente su uso, por razones de amistad o de parentesco con el cónyuge privado del mismo y que, al ser beneficiario del uso el otro ex cónyuge decide recuperar el inmueble ejercitando acción de desahucio en precario. Al hilo de citado conflicto se planteó si debía prevalecer el interés del titular de recuperar el uso del inmueble o, por el contrario, era preferente el interés de la familia, teniendo, en ese caso, que soportar el titular a los ocupantes de forma indefinida o hasta que así lo establecieran nuestros operadores jurídicos.

El mantenimiento de ambas posturas, diametralmente enfrentadas, fue defendida con argumentos jurídicos de peso, ambos aceptados por nuestros Tribunales de forma alternativa. Así, una tesis jurisprudencial que, estimando más digno de protección el interés de la familia, calificaba la relación jurídica inicial entre propietario-cedentes y matrimonio-cesionario, como un comodato, caracterizado por su temporalidad, que viene definida, bien por referencia a un plazo concreto, bien en función del uso atribuido a la cosa. La consecuencia de la citada afirmación se materializa en la imposibilidad de reclamar la cosa en tanto no hubiera transcurrido el plazo o concluido el uso al que se destinó, a no ser que los propietarios acreditaran una urgente necesidad en recuperar la cosa, tal y como preceptúa el art. 1749 CC. El eje argumental se residencia en que cuando se inició la relación jurídica, la cesión del inmueble se hizo con la finalidad de destinarlo a la vivienda familiar. Dicho fin, no obstante, persiste cuando el matrimonio entra en crisis, y el uso de la vivienda es atribuido a uno de los cónyuges o ex cónyuges, bien porque conviva con los hijos comunes, bien porque presente un interés más necesitado de protección. Lo que conduce a una absurda situación en la que los

titulares son “condenados” a no disfrutar del inmueble en aras de la protección de una familia, que no es ni ha sido la suya, como consecuencia de una decisión que tomó en atención a unas circunstancias, y que se ha convertido en irreversible, sin que su voluntad de darla por finalizada tenga valor alguno, a no ser que se acompañe con una situación de “urgente necesidad” que la justifique⁹.

Desde otra perspectiva se encontraban quienes calificaban la inicial relación entre propietario-cedentes y matrimonio-cesionario como un préstamo indefinido o precario, cuya consecuencia inmediata no es otra que la posibilidad que tiene el dueño o dueños del inmueble de dar por finalizada la relación jurídica, y recuperar, por tanto, el uso cedido y por el que no recibían contraprestación económica alguna¹⁰.

La cuestión quedó zanjada por la STS 26 diciembre 2006¹¹, a la que la siguieron otros pronunciamientos del TS en idéntica línea. En este sentido, el Alto Tribunal se decanta por la tesis que califica como precario la relación jurídica que mantiene el beneficiario del uso y el titular del inmueble, lo que legitima a este último a ejercitar acción de desahucio para recuperar la posesión.

Es cierto que el interés de la familia es un interés protegido desde el texto constitucional (art. 39 CE) y cuya protección en Derecho privado encuentra múltiples manifestaciones. Pero también lo es que, el derecho de propiedad, derecho también constitucionalmente reconocido (art. 33 CE), se compone de un elenco de facultades entre las que el uso de la cosa junto a la facultad de enajenar, son las más significativas. Por ese motivo, el propietario, se encuentra legitimado para usar la cosa, o disponer del uso cediéndolo a cambio de una contraprestación, o de forma gratuita por tiempo indefinido. Cuando esto último sucede, nuestro ordenamiento jurídico entiende que puede recuperarla de forma instantánea y por su mera voluntad, estando los sujetos ocupantes-usuarios obligados a devolverla (1750 CC y 250, 2º LEC). En consecuencia, la referencia al uso determinado del art. 1749 CC sólo puede ser interpretada como un uso específico, y no cuando la cosa se cede para servir a su utilidad natural. En este sentido, que la vivienda

9 El Tribunal Supremo razonó de forma semejante en la sentencia de 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10250): “el cese en el disfrute de la vivienda, su desalojo y reintegro posesorio inmediato o directo a los actores porque ello habrá de ser consecuente en primer lugar a la intención de cesión de los propietario-actores demandados...Y sigue argumentando que, de las pruebas practicadas en el pleito, ha quedado suficientemente acreditado que la causa de la cesión fue la de servir de vivienda, es decir, para habitarla los esposos y sus hijas por lo que, tales hechos, tienen como consecuencia directa que al estar fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato le enviste la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal uso preciso y determinado lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato y al precario, pues, aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado y alegado siquiera en la misma “la necesidad urgente” de los dueños de recuperar el piso ...”

10 Esta doctrina jurisprudencial retoma una tesis expuesta en la STS de 30 noviembre 1964 (RJ 1964, 5552).

11 STS 26 diciembre 2006 (RJ 2006, 180).

se ceda para usarla como vivienda familiar; es decir, para que resida en ella la unidad familiar; no es más que el uso normal, típico y natural de un inmueble; y del que, por tanto, no puede deducirse referencia temporal del préstamo que impida su recuperación instantánea. Siguiendo, pues, con este razonamiento, la cesión de una vivienda para su uso por una entidad familiar y sin pagar por ello renta alguna, es una relación jurídica conocida en nuestro ordenamiento jurídico como un precario, con las consecuencias jurídicas que los arts. 1750 CC y 250, 2^o LEC establecen.

De lo anteriormente expuesto podemos colegir que carece de justificación jurídica alguna ni es acorde con los principios que inspiran nuestras normas, forzar la interpretación de los preceptos para convertir en comodato lo que era un precario, como sucedió en una etapa concreta hoy superada, a fin de que la protección de la familia recaiga sobre unos sujetos, ajenos a la misma, y cuya única relación con ésta no es otra que haber cedido, de forma graciosa y altruista, un inmueble de su propiedad para que en él residiera la unidad familiar que se ha roto.

5. La extinción del uso por convivencia con un tercero del beneficiario/a.

Continuando el recorrido del proceso de adaptación del art. 96 a las relaciones familiares y a los intereses actuales que en ellas deben protegerse, el hito más reciente lo marca la STS (Pleno) 20 noviembre 2018¹². Hasta ese momento, cuando se había planteado como causa de extinción del uso la convivencia del titular con su pareja, los Tribunales había resuelto sobre la base del interés del menor, *causa iuris* de la atribución. En consecuencia, si el interés del menor no se veía afectado por la inclusión de un nuevo sujeto en el núcleo convivencial, este hecho, por sí mismo, no provocaría la extinción del uso y, por tanto, la devolución posesoria al titular o, en su caso, la liquidación del mismo y reparto del importe entre los cotitulares¹³.

A partir de esta resolución tiene lugar un giro en la interpretación del art. 96, de manera que el interés del menor se desvanece tomando su lugar el concepto de familia. Pues se estima que al residir en la vivienda la pareja del beneficiario surge un nuevo núcleo familiar, perdiendo, en consecuencia, el calificativo de “vivienda familiar” aquella cuyo uso se había atribuido. Carente de tal consideración, deja de tener sentido el derecho de uso pues en el inmueble habita “otra familia” y no

¹² STS (Pleno) 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086).

¹³ STS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139): “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 igual sentido, SSTS 14 abril 2011 (RJ 2012, 257), 26 abril 2012 (RJ 2012, 6102), 22 febrero 2017 (RJ 2017, 1079) y 8 marzo 2017 (RJ 2017, 696), entre otras.

aquella que lo justificó¹⁴. No obstante, este hecho no libera a los progenitores de la obligación de cubrir la necesidad habitacional de los menores, aunque ya no en la que fuera vivienda familiar que debe revertir a su titular o titulares¹⁵.

Ciertamente, este giro en la jurisprudencia¹⁶ obedece a un cambio más profundo que pone de manifiesto la quiebra del interés del menor como eje vertebrador de la atribución del derecho de uso, lo que ha preocupado a un sector de la doctrina que considera que debe atenderse a este articulando medidas que garanticen su cobertura¹⁷.

6. La repercusión patrimonial del derecho a usar la vivienda familiar

Nadie duda (aunque parece que la DGRN no lo tiene muy claro)¹⁸ que poder usar una vivienda durante un tiempo, a veces indeterminado, es un derecho de un considerable valor económico; máxime cuando el titular del derecho de uso ni siquiera es copropietario del inmueble (pues este es de carácter privativo del otro cónyuge). El valor patrimonial del uso de la vivienda y su posible compensación económica, es un tema, no resuelto por la norma, que preocupa a la doctrina¹⁹. Ya me manifesté, hace años, sobre la vía que llamé “compensación indirecta”²⁰, como la mejor fórmula para repercutir el valor del uso en otras prestaciones económicas derivadas de la crisis. Mantengo, pues, dicha tesis; ahora con un mayor respaldo, pues es la que siguen, en la actualidad, la doctrina dominante, así como

-
- 14 “El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia...En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza ‘por servir en su uso a una familia distinta y diferente’, como dice la sentencia recurrida”.
- 15 “La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores”.
- 16 Ha habido otros dos pronunciamientos del TS en idéntica línea al de 2018. Las sentencias de 29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495) y 23 septiembre 2020 (2020, 3531).
- 17 Por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, C.: “Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a las consecuencias de la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja en la vivienda familiar” en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. por P. CHAPARRO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 337-343.
- 18 Se puede encontrar la siguiente afirmación “el derecho a usar la vivienda familiar no es un derecho patrimonial” en las RRDGRN 24 octubre 2014 (RJ 2014, 6107) y 19 enero 2016 (RJ 2016, 2975), entre otras.
- 19 Por ejemplo, el interesante trabajo de CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, núm. 2, pp. 9-39, donde, además, apunta fórmulas para calcular su valor; VERDEA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda”, *InDret* 1/2016, 1-57; TAMAYO CARMONA, J.A.: “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2015, núm. 19, pp. 264-291.
- 20 Véase mi obra *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons. Madrid 2005.

alguna legislación autonómica²¹ y el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 de julio 2013²².

En este sentido, y desechada la valoración directa²³ del derecho de uso en la liquidación del régimen económico matrimonial²⁴, para poder compensar al cónyuge no titular desposeído del inmueble sólo podría hacerse incidiendo dicha circunstancia a la hora de calcular la pensión alimenticia y/o compensatoria que surgiera como consecuencia de la crisis.

De todos es sabido que el derecho de alimentos debido al menor de edad se satisface, en los supuestos de crisis conyugal, por medio de la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando legalmente proceda; reproduciéndose el modelo del pago en especies que tiene lugar cuando existe armonía familiar. Ello justifica la repercusión en la pensión alimenticia que debe abonar el cónyuge no custodio y que ha sido privado del uso del inmueble de su propiedad, debiendo ajustarse la cantidad debida en atención a esta circunstancia. Igual sucede en el caso de

- 21 Art. 233-20, regla 7 del Código Civil de Cataluña: "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 el País Vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores establece lo siguiente, en orden a la incidencia del uso de la vivienda en la prestación de alimentos debida a los hijos menores: En relación al contenido mínimo del convenio regulador el Art. 5 c): " La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico." Y si no existiera acuerdo dice el Art. 10 3. "Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso."
- 22 Que propone la siguiente redacción al art. 96.4 CC: "La atribución del uso de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge". Vinculando a la prestación de alimentos de los hijos menores en el párrafo 3: "En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda."
- 23 Como curiosidad, la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores en su art. 12.7 prevé la compensación directa en los siguiente términos: "En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja."
- 24 Si el régimen económico del matrimonio fuera el de gananciales el derecho de uso se incluiría como un "activo ganancial". Esta fórmula ha tenido escaso predicamento en la jurisprudencia que, con carácter general, la rechaza. De las pocas sentencias favorables a tal mecanismo de estimación, STS 23 diciembre 1993 (RJ1993, 10113) y SAP Tenerife 25 noviembre 2002 (JUR 2002, 72804). En contra, por ejemplo: STS 4 abril 1997 (RJ 1997, 2636), STS 23 enero 1998 (RJ 1998, 151), entre otras muchas. Más reciente, se manifiesta en contra de la calificación de carga de la sociedad de gananciales y, por consiguiente, su no inclusión en el pasivo de la sociedad, SAP Barcelona 16 septiembre 2015 (JUR 2015, 260576) y SAP Málaga 28 enero 2016 (AC 2016, 818); en cambio, si el régimen económico fuera el de separación de bienes, esta técnica daría lugar a que el cónyuge usuario debiera compensar económicamente, por medio del pago de una cantidad, al otro cónyuge.

discapacitado que resulte beneficiado y fuera acreedor de una pensión alimenticia por concurrir los requisitos legales, que debería modularse en atención a la misma.

Desde otra perspectiva, no podemos orillar que el progenitor que permanece residiendo en el inmueble en compañía de sus hijos menores no abona cantidad alguna por ello y, ciertamente, este hecho le reporta un importante incremento en su patrimonio. Que es mayor si ni siquiera comparte la titularidad del inmueble por ser privativo de su ex cónyuge desposeído. Buscando una fórmula que permita compensar al propietario o copropietario perjudicado, proponemos que, en caso de separación y si hubiera lugar al abono de una pensión alimenticia, esta circunstancia se contemple como un factor que incida en su cálculo. Y si no existiera tal derecho, bien por no apreciarse el estado de necesidad que demanda la norma o porque los miembros de la pareja hubieran accedido, directamente, al divorcio, si se dieran los requisitos para fijar una pensión compensatoria a cargo del no usuario, el hecho de ser titular del derecho de uso de la que fuera vivienda familiar deberá considerarse como un factor que incida a la hora de fijar su importe²⁵.

7. Los gastos de la vivienda familiar.

Una cuestión altamente controvertida y no resuelta, expresamente, en la norma consiste en la determinación de la persona que debe hacer frente a los gastos ocasionados en el inmueble o generados la titularidad. Si, efectivamente, se hubiera configurado este derecho de uso como un derecho real de uso o habitación ello traería consigo la aplicación de las normas que el CC contiene para delimitar su régimen jurídico. Como he expresado en otras ocasiones, la naturaleza real del derecho de uso exige que desaparezca la necesidad del consentimiento dual del artículo 96 in fine que se ha mantenido tras la reforma. Lo que impide, técnicamente, acudir a las normas del usufructo para resolver los conflictos derivaos del pago de los gastos pues no existiría “identidad de razón” en los términos del art. 4 del CC entre ambos derechos²⁶.

No obstante, no es esta la única vía para construir reglas claras que permitan distribuir los gastos entre los sujetos implicados, tal y como ha llevado a cabo la jurisprudencia de forma coherente, en la mayoría de los supuestos planteados.

De entrada, no podemos perder de vista que el derecho a usar la vivienda familiar, con carácter gratuito, supone una situación excepcional, que debe ser

25 Así lo hace la SAP Madrid 1 abril 2016 (JUR 2016, 76940), al cuantificar la pensión compensatoria a la que tiene derecho la ex esposa; pues, al establecerse un uso alternativo por periodos de seis meses de la que fuera la vivienda familiar, durante el periodo en es beneficiaria del uso la pensión compensatoria se reduce en un 50%. En sentido semejante, SAP Islas Baleares 17 marzo 2015 (JUR 2015, 100914), que considera el hecho de que la beneficiaria de la pensión compensatoria sea titular del derecho de uso de la vivienda es un factor a tener en cuenta a la hora de fijar su importe.

26 Discrepo, pues, con GARCÍA MAYO, M.: “Pago de los gastos vinculados a la vivienda familiar atribuida tras la crisis matrimonial”, *La Ley Derecho de Familia*, 2019, núm. 24.

temporal y que implica una carga para el propietario al verse privado del más natural derecho inherente a la titularidad dominical: disfrutar, en sentido amplio, del bien. En consecuencia, cualquier regla diseñada debe tener como finalidad evitar que el titular resulte más perjudicado de lo que ya de por sí lo es tras el nacimiento del derecho de uso surgido tras la crisis.

Es obvio, y así lo ha manifestado la jurisprudencia, que los gastos generados por el uso deben ser de cuenta del usuario, al igual que las reparaciones ordinarias, consecuencia del normal deterioro de los bienes, y también impuestos o tasas municipales conectadas con el uso (tasa basura, alcantarillado...). Pues en otro caso se ocasionaría un empobrecimiento al propietario si causa iuris que lo justifique. De otro lado, los gastos derivados de cargas tributarias conectados con la propiedad, como el IBI, así como las reparaciones extraordinarias o derivadas del mantenimiento y conservación del edificio serán a cuenta del propietario.

En relación al abono de los gastos de comunidad, se aprecian posturas contradictorias entre la doctrina y la llamada "jurisprudencia menor"²⁷, que lo considera como gasto relacionado con el uso y que, por consiguiente, debe abonar el usuario, y la doctrina del Tribunal Supremo que, como obligación propter rem el obligado es el propietario²⁸. Sin embargo, para que pueda ser atribuido al usuario es necesario que una norma así lo contemple, pues en caso contrario, como así sucede, lo más coherente con las normas (que no con la justicia) es la tesis del Tribunal Supremo.

Como quiera que la deuda hipotecaria no es una carga del matrimonio sino una deuda ganancial, si este fuera el régimen patrimonial del matrimonio, o una

27 Me remito a las referencias jurisprudenciales contenidas GARCÍA MAYO, M.: "Pago de los gastos vinculados a la vivienda familiar atribuida tras la crisis matrimonial", cit.

28 La STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 2929) sintetiza de la siguiente forma la doctrina del Alto Tribunal sobre la distribución de los gastos: "Hemos de partir de la distinción entre gastos que se derivan del uso del inmueble y gastos correspondientes a la propiedad del inmueble. Respecto de los primeros (como son los referidos a servicios de luz, agua, gas, teléfono...), lógicamente han de ser asumidos por el cónyuge usuario, si bien una parte proporcional habría de ser computada como gasto de los hijos a los efectos de la fijación de la pensión de alimentos. En relación con los gastos derivados de la propiedad, como son los de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles, que tienen carácter *propter rem*, corresponden al propietario. A falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble. La cuestión aparece clara en relación con los impuestos que gravan el inmueble, como es el IBI, STS de 563/2006 I junio (RJ 2006, 3060). En cuanto a los gastos de comunidad, esta sala ha considerado en sentencia 373/2005, 25 mayo (RJ 2005, 6361), que «la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento- se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos». Dicha doctrina ha sido seguida, entre otras, por la sentencia de esta sala 588/2008, 18 junio (RJ 2008, 3224) , y de la misma cabe extraer que, salvo previsión expresa en contrario en la sentencia que fija las medidas definitivas -lo que no ocurre en este caso- los gastos de comunidad correspondientes a la vivienda familiar han de ser a cargo de la sociedad de gananciales cuando sea titular de la misma con independencia de a quién se haya atribuido el uso tras la ruptura matrimonial."

deuda de los esposos en la participación fijada en el título, una vez disuelto el matrimonio los obligados al pago serán los sujetos que la concertaron. Con independencia de la posterior atribución del uso del inmueble, que no implica una modificación en los sujetos inicialmente obligados a su abono. Pues no puede inferirse tal consecuencia de la aplicación de los criterios del art. 96 CC.

Finalmente, una vez finalizado el derecho de uso, por los motivos que sea, el inmueble revierte al titular o titulares procediéndose, en orden al abono de los gastos a las normas de liquidación del estado posesorio de los arts. 451 y ss. CC.

III. LA REFORMA DEL ART. 96 CC POR LA LEY 8/2021.

Si comparamos la dicción del art. 96 previo a la Ley 8/2021 (“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.”) con la resultante tras su reforma (“1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. 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. A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación. Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes. 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. 2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. 3. 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”), podemos apreciar que las modificaciones no son de calado y, en algunas ocasiones confunden más que aclaran.

En primer lugar, se establece el requisito de la minoría de edad del hijo/a para ser beneficiario del derecho de uso, que, aunque esta cuestión era ya pacífica y quedaba zanjada en la jurisprudencia, precisaba, para algunos (entre las que no me encuentro) del respaldo normativo. En segundo lugar, visibiliza la quiebra de la conexión uso vivienda familia/derecho de alimentos cuando el hijo alcanza la mayoría de edad con la remisión expresa del nuevo art. 96 CC a los arts. 142 y ss. del CC, debiendo estos prestarse de la forma establecida en la norma²⁹; entre las que se encuentra la posibilidad de satisfacerlo conviviendo con el alimentista (art. 149 CC)³⁰. Continuando con la comparación formal de ambos preceptos, la reforma precisa que los hijos beneficiarios del derecho deben ser los comunes a la pareja, dejando zanjada una polémica sobre la conveniencia (o no) de incluir a los no comunes³¹. Se incluye una mención a las personas con discapacidad y a la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad; este último punto que, si bien estaba resuelto y, en la práctica, no presentaba conflicto alguno, la alusión en la norma dota de seguridad jurídica al ciudadano y evita posibles planteamientos o debates futuros sobre el particular.

Hasta aquí un análisis meramente descriptivo de las novedades introducidas en la redacción del art. 96 CC. Ahora bien, el objetivo de este artículo, tal y como avanzamos, era, una vez definido el contenido, alcance e interpretación del art.

29 La STS 21 noviembre 2014 (RJ 2014, 6567) en relación al derecho a percibir una pensión de alimentos de la hija mayor de edad, remite al régimen general de los arts. 142 y ss. CC, al igual que lo hizo su predecesora la STS 30 marzo 2012 (RJ 2012, 4584).

30 Así, DE VERDA BEAMONTE, J.R.: (julio-septiembre 2021) “El vigente art. 96 CC, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, Instituto de Derecho iberoamericano, <https://idibe.org/tribuna/vigente-art-96-cc-tras-la-reforma-llevada-cabo-la-ley-82021-2-junio/>, que considera que “Por el contrario, cuando los hijos son mayores, la atribución solo procederá, conforme al art 142 CC (obligación de alimentos entre parientes), si se demuestra que se hallan en una situación objetiva de necesidad (no imputable a ellos mismos) que justifique que los padres deban prestarles alimentos, entre ellos, la habitación (a través del uso de la vivienda familiar, junto con el progenitor con el que convivan) y, siempre (según consolidada jurisprudencia), por un tiempo determinado (siendo, no obstante, posible su prórroga una vez vencido el plazo fijado, en atención a las circunstancias del caso, así como su extinción anticipada, si deja de existir la situación de necesidad)”.

31 CUENA CASA, M.: “El régimen jurídico de la vivienda habitual”, en YZQUIERDO TOLSADA, M y CUENA CASAS, M. *Tratado de Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2017, era partidaria de considerar incluido los no comunes en el precepto; ORDÁS ALONSO, M.: “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. por P. CHAPARRO) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 283-314, concretamente la cita es a la p. 288. incluso tras la reforma, sigue manteniendo esta tesis.

96 CC, colocarlo en el “punto de mira”. Para plantearnos las incongruencias y ausencias de la norma y poder finalizar proponiendo una redacción acorde con su sentido y función actual.

Así lo haremos, a continuación, formulando todas las dudas que suscita su redacción, poniendo en entredicho la conveniencia de las aportaciones de la Ley 8/2021 y de sus omisiones.

IV. ¿LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 96 CC SOLO PROCEDEN “EN DEFECTO DE ACUERDO DE LOS CÓNYUGES APROBADO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL”?

Como suele decirse “la primera en la frente”. El art. 96 se inicia con los siguientes términos: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial...” Del que se infiere que solo puede pactarse válidamente sobre el uso de la vivienda en convenio regulador en el marco del procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo; orillando esta frase cualquier otra posibilidad de pacto. Ciertamente es que esta redacción se encuentra alineada con la situación jurídica y social del momento en que se introdujo este precepto en el CC en 1981. No se contemplaba, entonces, la posibilidad de conveniar sobre consecuencias futuras de la crisis antes de que estas tuvieran lugar ni, tampoco, la eficacia del recién nacido convenio regulador no ratificado judicialmente. Habrían de transcurrir varios años para que la jurisprudencia se representara ambas situaciones que ha resuelto, como es sabido, de forma favorable.

La doctrina del Tribunal Supremo favoreciendo los efectos de los pactos preventivos es una realidad, que se inicia con la S. 15 junio 2015³², consolidada por distintos pronunciamientos en esta línea y con una tendencia claramente expansiva. El uso de la vivienda familiar, un activo jugoso para negociar, ocupa un lugar importante en los acuerdos con previsiones de ruptura; no pudiendo alegarse, desde la STS 15 octubre 2018³³, que, por concurrir el interés del menor cuando el matrimonio tuviera descendencia, el pacto deviene inválido. Pues sólo si se observa dicha conculcación, ya a posteriori, pudiera declararse ineficaz. Es decir, siguiendo la línea interpretativa de la meritada sentencia, y estableciendo un paralelismo entre alimentos debidos a los menores y uso de vivienda, al igual que se estima como eficaz el acuerdo sobre alimentos fuera del convenio, siempre que la cantidad pactada se adecúe al interés del menor, también lo será si este

32 STS 15 junio 2015 (RJ 2015, 2657).

33 STS 15 octubre 2018 (RJ 2018, 4295), que construye una doctrina seguida por las audiencias. Por ejemplo, SAP Lugo, 15 enero 2019 (JUR 2019, 47391), SAP Murcia 30 mayo 2019 (JUR 2019, 222566); SAP Murcia 10 octubre 2019 (JUR 2019, 340586), SAP Salamanca 7 julio 2020 (JUR 2020, 255728), SAP Madrid 10 julio 2020 (JUR 2021, 136627), SAP Ciudad Real 16 julio 2020 (JUR 2020, 2999690), SAP Coruña 20 diciembre 2020 (JUR 2020, 89287).

recae sobre el lugar donde van a residir los menores, aunque no fuera la vivienda familiar. Con el matiz de que la vivienda fijada por los progenitores fuera digna y de similares características a la que fuera la vivienda familiar; y, por consiguiente, no se vulnerara el interés del menor.

Asimismo, la jurisprudencia se muestra favorable en reconocer la eficacia entre las partes del convenio regulador no ratificado judicialmente. En este sentido, considero que, si en dicho convenio se ha pactado el uso de la vivienda, bien para uno de los progenitores, o alternos en caso de custodia compartida, o, simplemente, destinar otro inmueble a la residencia de los menores o de los miembros de la pareja, siempre que estos acuerdos no vulneren el interés del menor, deberán ser calificados como válidos. Para mantener la anterior afirmación parto de una premisa, que expondré más adelante, pero que, a continuación, enuncio: hoy en día no puede identificarse, necesariamente, interés del menor con uso de la vivienda familiar; de manera que solo sirve a este residir en dicho inmueble y no en otro.

Las consideraciones anteriores se sustentan en la posibilidad de atribuir el uso de otros inmuebles para fijar en ellos la residencia de los menores o del cónyuge más necesitado de protección, distintos de la que fuera la vivienda familiar. Dicha posibilidad goza de ratificación jurisprudencial, pues el Tribunal Supremo ya ha afirmado en más de una ocasión³⁴ que la atribución del uso de inmuebles que no sean la vivienda familiar solo puede tener lugar en el seno de procedimientos de mutuo acuerdo; lo que, a *sensu contrario*, si existe un pacto entre los cónyuges entendido este en sentido amplio y no constreñido al convenio regulador, es viable la eficacia de la citada atribución.

En el apuntado escenario de libertad, con una clara simpatía por parte de nuestros Tribunales a favorecer acuerdos entre los cónyuges, la frase transcrita y con la que se principia el art. 96 CC se encuentra obsoleta y completamente descontextualizada. No obstante, ha pasado desapercibido al legislador que lo ha obviado y al retocar el precepto no se ha percatado de dicha obsolescencia. Le hubiera bastado con omitir "aprobado judicialmente" para que este comienzo de la norma hubiera sido un "buen comienzo". Mal empezamos cuando, ya desde las primeras palabras, somos capaces de percibir incoherencias.

34 SSTS 9 marzo 2012 (RJ 2012, 5137), 3 marzo 2016 (RJ 2016, 758) y 7 noviembre 2019 (RJ 2019, 4630).

V. ¿LA EQUIPARACIÓN DE LOS HIJOS CON DISCAPACIDAD A LOS MENORES DE EDAD ESTÁN ALINEADAS CON LA FILOSOFÍA DEL CONVENIO DE NUEVA YORK?

Continuando con el desglose del precepto, de acuerdo a su nueva redacción, observamos que figura mencionado el hijo discapacitado mayor de edad como sujeto beneficiario del uso del inmueble asimilándolo al menor de edad. A tal fin, se faculta al juez a atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor tutor, curador o guardador de hecho de la persona adulta con discapacidad. Hemos de tener presente que el artículo 96 no distinguía entre los hijos, ya que la dicción original de la norma decía “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”, lo que dio lugar a una polémica jurisprudencial, que oscilaba entre equipararlo al menor de edad o, por estimar lo contrario, considerarlo una persona adulta cuyo interés, en virtud de su discapacidad, no se asimilaba al del menor de edad.

Muy significativa de la primera de las posturas, que parece se postula como la “ganadora” en esta lid por haber sido la seguida por el legislador, lo encontramos en STS 30 mayo 2012. En este caso no se discutía, propiamente dicha, la atribución del uso, sino la continuidad en el uso del inmueble como consecuencia de la prórroga de la patria potestad concedida a la madre que, hasta entonces, ostentaba la guarda y el uso de la vivienda³⁵.

Desde otra perspectiva, la STS 19 enero 2017³⁶, estimado que, aunque fuera asimilable al menor a los efectos de la prestación alimenticia, no debía serlo en

35 STS 30 mayo 2012 (RJ 2012, 6547): “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. 96.1 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 (RCL 2011, 1517 y 1831), de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010”. En igual sentido, STSJC 11 julio 2019 (RJ 2019, 4425).

36 STS 19 enero 2017 (RJ 2017, 924): “El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.... Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la 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 discapacidad...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,

relación al uso de la vivienda. En consecuencia, rechaza la aplicación de la regla primera del art. 96 y atribuye el uso al progenitor guardador de hecho, pero solo temporalmente y acudiendo al párrafo tercero del referido precepto, al considerar que el hecho de asumir la convivencia con la persona discapacitada lo convertía en “cónyuge más necesitado de protección” y valedor del beneficio del uso en los términos de la norma³⁷.

Tras los citados pronunciamientos, “la polémica estaba servida”³⁸; no obstante, poco duró el debate pues la reforma del precepto optó por equipararlo al menor y de manera expresa incluye a la persona discapacitada en la categoría de beneficiario en los siguientes términos: “A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación”. De acuerdo con el texto reseñado, la existencia y la temporalidad del uso se conectan con la necesidad de residir en el inmueble por no disponer de otra forma de alojamiento o medios propios para sufragarlo. En consecuencia, aun cuando el discapacitado se encontrase en una situación de necesidad que justificará la atribución en un primer momento, cualquier cambio de circunstancias que la altere facultaría al titular del bien a solicitar una modificación de la medida.

Así debe interpretarse, a mi juicio, el adjetivo “conveniente”, pues una interpretación amplia generaría una plena asimilación que no está alineada con la filosofía implantada en nuestro CC tras la reforma e inspirada en el Convenio de Nueva York. Pues si algo queda claro en esta nueva normativa, es que el discapacitado es un sujeto con plena capacidad jurídica, cuyos deseos deben ser respetados y atendidos y que, a su vez, es responsable civil de sus actos. Su sistema de apoyos no es equiparable, ni en forma ni en intensidad, con la protección que el ordenamiento dispensa al menor; pues, aunque ambos comparten la cualidad de sujetos vulnerables, no se encuentran en igual nivel o rango, lo que debe traducirse en las reglas que lo protegen.

Por ese motivo, entiendo que es desafortunado el uso del verbo “equiparar”, y, en cualquier caso, innecesaria la aclaración llevada a cabo por el legislador. Para proteger a la persona con discapacidad atribuyendo el uso del inmueble basta acudir, como ha hecho el Tribunal Supremo en alguna ocasión, a la regla que permite hacerlo a favor del cónyuge más necesitado de protección, temporalmente,

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...”

37 En igual sentido, STS 4 abril 2018 (RJ 2018, 1185).

38 A favor del tratamiento como menor de edad. GARCÍA MAYO, M.: <https://idibe.org/tribuna/vivienda-familiar-e-hijo-mayor-edad-discapitado/> en contra PÁRAMO DE SANTIAGO, C.: “Divorcio. Atribución de la vivienda familiar: existencia de hijo mayor de edad discapacitado”, *CEFLegal: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2017, núm. 194.

interpretando que dicha necesidad tiene lugar por el hecho de cuidar o convivir con un hijo discapacitado.

VI. ¿ES NECESARIA LA ACLARACIÓN DE QUE LAS NECESIDADES DE VIVIENDA DE LOS MAYORES DE EDAD SE INCLUYE EN EL CONCEPTO “ALIMENTOS”?

Afirma el nuevo art. 96 que “Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este libro, relativo a los alimentos entre parientes”. Excepto para el caso de los alimentos debidos a los menores de edad, cuyo régimen jurídico presenta particularidades, dada la especial protección de los sujetos concernidos, para el resto de los sujetos se aplican las normas generales de los arts. 142 y ss. del CC. Dicha especialidad justifica que el concepto “habitación” que comprende los alimentos se sufrague por medio de la atribución del uso de la vivienda tal y como hemos apuntado y fundamentado en epígrafes precedentes³⁹. Recordemos que los alimentos debidos a los menores lo son con independencia de la necesidad material del menor, e, incluso por encima del patrimonio de los progenitores. Pues se encuentra incardinada en las obligaciones dimanantes de la patria potestad.

Dicho lo cual, para el resto de los sujetos, descendientes o con cualquier otro grado de parentesco, si concurren los requisitos de necesidad y proporcionalidad, el sujeto obligado deberá atender conforme al dictado del art. 149 CC (“El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”). En relación a los conceptos que comprende la obligación, expresamente, dice el art. 142 CC: “lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”.

De acuerdo, pues, con el régimen general, llegada la mayoría de edad, cesa el derecho de uso de la vivienda familiar, por lo que, automáticamente, se aplican las normas del CC previstas para el nacimiento y pago de los alimentos debidos a los hijos mayores de edad.

Habida cuenta que la reforma limita el uso de la vivienda a la mayoría de edad de los descendientes, sobra la aclaración del legislador que es reiterativa y redundante.

Sin embargo, creo que el legislador debería de haber sido más sensible a la situación de los hijos mayores que no han finalizado sus estudios por causas que no le

39 Epígrafe II, subepígrafe 6.

fueran imputables. Al haber introducido esta desafortunada aclaración, ha cerrado la puerta a la posibilidad que, de forma excepcional y limitada temporalmente, se prolongue el uso de la vivienda familiar a los hijos mayores pero que aún no han completado sus estudios si el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, así lo estimare. La previsión del segundo párrafo del art. 142 CC (“Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”) no siempre es suficiente para garantizar que el joven finalice sus estudios. Completarla con el derecho a permanecer en la vivienda familiar cuando sea necesario para coadyuvar a que finalice su formación, si bien no debería estar expresamente previsto en la norma, al menos, no debería de estar del todo imposibilitado como se infiere del nuevo redactado.

VII. ¿POR QUÉ NO SE ALUDE DIRECTAMENTE A LA CUSTODIA COMPARTIDA?

No me siento capaz de responder al interrogante que da título a este epígrafe. Desde que se introdujo la custodia compartida nos hemos hecho eco de la necesidad de contemplarla en los criterios de atribución del uso de la vivienda. Y en este sentido lo hemos expuesto en líneas precedentes de este discurso, a cuyo contenido nos remitimos para evitar reiteraciones⁴⁰. Así como el legislador “dice demasiado” o “dice cosas que no necesita decir” en la nueva redacción del art. 96 CC, también lleva a cabo importantes omisiones, como esta que comentamos.

Curiosamente, describe un supuesto anodino y qué difícilmente concurre: el reparto de los hijos entre ambos progenitores; situación, además, que, de presentarse, pudiera conculcar el interés del menor al verse privado de la convivencia con su hermano (“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”). Pero continúa en silencio sobre la custodia compartida, un régimen de cuidado de los menores que, según la nota de prensa publicada en la web del Instituto Nacional de Estadística, se impuso en el año 2021 en el 41,3% de los divorcios y separaciones con hijos menores⁴¹.

¿Cuánto le hubiera costado decir que, en caso de custodia compartida y a falta de acuerdo sobre el uso de la vivienda, se atribuyera al cónyuge más necesitado de protección? O, simplemente, no decir nada, y redactar un nuevo art. 96 CC que sea más flexible y permita atender a todas las particularidades de las relaciones paterno filiales tras la crisis afectiva de sus progenitores. En vez de reproducir un

⁴⁰ Epígrafe II, subepígrafe 3.

⁴¹ <https://www.ine.es/> “En 2021 hubo 86.851 divorcios, un 12,5% más que en el año anterior. La custodia compartida fue otorgada en el 43,1% de los casos de divorcio y separación de parejas con hijos”

supuesto extraño, antiguo, que pudiera tener su sentido en 1981 fecha en la que se modificó el art. 70 del CC que regulaba el reparto de la custodia de los hijos entre el padre y la madre en función del sexo y la edad⁴².

Qué más de cuarenta años después de la desaparición del citado precepto, sigan existiendo “reminiscencias” de ese régimen de cuidado sexista y discriminatorio en nuestro Código civil y que, en cambio, un sistema igualitario que tanto ha aportado desde una perspectiva de género al reparto de las funciones de cuidado siga ausente en el art. 96 CC, no se comprende...

VIII. ¿DERECHO DE USO/SIMPLEMENTE USO/FACULTAD DISPOSITIVA?

El tema de la naturaleza jurídica, real o personal, del derecho de uso ha provocado ríos de tintas en la doctrina, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴³

- 42 Artículo 70.: “La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos: Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres. Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre. Sin embargo, de lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese, por motivos especiales, proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él. Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso.”
- 43 Parece que la jurisprudencia se inclina a considerar su naturaleza personal. En este sentido, STS 18 enero 2009 (RJ 2009, 1274): “De ello se va a deducir una importante conclusión: 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 (LCAT 1998, 422, 521) 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. El artículo 96 CC se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario. 14.01.2010, RJ 2010\ 2323; “El expresado panorama jurisprudencial exige que, con fines de unificación de doctrina, se pronuncie el Pleno de esta Sala acerca de la naturaleza y de los efectos del derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC. Así lo hacemos en el mismo sentido fijado por la STS 18 enero 2009 (RJ 2009, 1274). El artículo 96 I CC establece que «[e]n 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.» El artículo 96 III CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado desprotección.» El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: «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.» De la ubicación sistemática de este precepto 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)

y en Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado Estas últimas, en algunos casos, no muy afortunadas por contener afirmaciones tales como contraponer la naturaleza indiscutible de “derecho familiar” con la que de derecho real, como si ambas categorías fueran contrapuestas o excluyentes. Y ello por considerar la subsunción en el grupo de los derechos familiares excluye, a su vez, la nota de la patrimonialidad del derecho. Muchas exclusiones, muchas incompatibilidades que no se concitan con las categorías jurídicas por todos conocidas. En este sentido, el derecho de uso es, por supuesto, un derecho familiar, pero también un derecho de contenido patrimonial (como la pensión compensatoria, por ejemplo); que puede adoptar la forma de derecho real o de crédito, en función de la regulación con que le dote el legislador⁴⁴.

El quid de la cuestión, pues, y solventadas sin dificultad las incoherencias expresadas, se ubica en la definición del derecho de uso como derecho real o personal. Debo de confesar que he ocupado parte de mis horas de estudio y trabajo a intentar construir una tesis sobre el particular, sin haber podido llegar a buen puerto⁴⁵. Pues los mimbres que nos facilita el CC no me han permitido encuadrarlo en la especie de los Derechos reales, a la que naturalmente tiende, ya que la existencia del consentimiento dual del art. 96,4 CC así lo impide.

De las pocas cosas que estaban claras entre tanta disquisición hasta este momento era que, como consecuencia de la crisis y la desmembración titularidad/uso se creaba *ex lege* un derecho de uso con unas peculiaridades con causa en los intereses que protege⁴⁶. Dichas peculiaridades, que lo hacen más cercano a la

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 10 de octubre 2008).”

- 44 Por ejemplo, RDGRN 24 octubre 2014 (RJ 2014, 6107), 19 enero 2016 (RJ 2016, 2975) o la RDGRN 9 julio 2013 (RJ 2013, 6668) que dice, textualmente, “Igualmente se ha afirmado con reiteración que el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar”. En idéntico sentido, RDGRN 10 octubre 2008 (RJ 2008, 634) y 20 febrero 2004 (RJ 2004, 2376). A mayor abundamiento, *vid.* PÉREZ UREÑA, A.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad”, ELDERECHO.COM, 01/09/2011 y FORCADA MIRANDA, F.J.: “La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial y publicada en las Actas De los decimocuartos encuentros Del foro de derecho Aragonés Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 2004 y Teruel, 25 de noviembre de 2004.
- 45 “Naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”, *InDret4*, 2017.
- 46 En realidad, la doctrina mayoritaria parece haber llegado a ese consenso de calificarlo como “derecho de uso”. No obstante, hay algunas voces disidentes que no debo orillar. En particular, y por la calidad de sus argumentos y la seriedad del planteamiento, debo mencionar la tesis de SAINZ CANTERO, B. quien, en su trabajo, “La conveniencia de atribuir el uso de la vivienda familiar *ex art. 96* como arrendamiento forzoso, particularmente cuando está hipotecada” en AA.VV.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ, A. DONADO VARA, y F. YAÑEZ VIVERO), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 209-221, en las pp. 210 a 214 expone su consideración de la atribución de uso de la vivienda como una limitación temporal de disponer y no como una carga real. Ciertamente, no está falta de razón la profesora Sainz Cantero, pues su naturaleza de derecho personal la impone el consentimiento dual. Aunque, sin desmerecer la exquisitez de su planteamiento, no comparto la generalidad de la afirmación que lo precede. Como he mantenido, con la atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular, o simplemente cotitular, se produce un auténtico derecho de uso, con una naturaleza de derecho personal, por imperativo legal, pero que tiende a ser real, por ser esta la naturaleza que más se adecúa a los intereses que está llamado a proteger. Finalmente, nos

categoría de los derechos reales, son las que provocan las discusiones sobre su naturaleza y, en cierta medida, justifican y sustentan muchos de los argumentos esgrimidos para considerarlo como tal.

Después de la reforma del art.96 CC, la oscuridad sobre la naturaleza jurídica es aún mayor por diversos motivos. Pues el redactado del precepto, no solo no ha añadido ningún dato que nos permita inclinar la balanza al lugar donde naturalmente debía residenciarse el derecho de uso (derecho real), sino que ha introducido nuevos elementos que enturbian y dificultan el tema de su naturaleza jurídica.

En primer lugar, se mantiene el consentimiento dual o, en su defecto, la autorización judicial en términos idénticos a la primitiva redacción de 1981, por lo que, de entrada, no puede ser considerado como un derecho real. Pues este es el principal escollo que impide al derecho de uso adoptar la naturaleza de derecho real que es, a mi juicio, a la que es llamado por ser la que más fácilmente le permite atender a los intereses que debe proteger. Hubiera bastado con un párrafo como el del artículo 233-25 del CC catalán que, en relación a los actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso, establece “El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso.”⁴⁷

En segundo lugar, se menciona la inscripción en el Registro que es plausible sino fuera porque alude a la inscripción de la “facultad dispositiva”, y no del derecho de uso (sea real o personal, pues de todos es sabido que algunos derechos personales pueden acceder al Registro sin alterarse por ello su naturaleza). Nos preguntamos, ¿facultad dispositiva?; precisamente lo que no puede hacer el titular del derecho de uso es disponer; solo está legitimado y, además, debe hacerlo, a usar el inmueble en un sentido estricto (ni siquiera “disfrutar” entendiéndolo que ello implica rentabilizar económicamente el uso arrendándolo o transmitiéndolo a terceros). ¿De qué facultad habla el legislador? Preguntas sin respuestas....

En tercer lugar, continúa sin mencionar el “derecho de uso”, aludiendo a este, simplemente, como “uso”. Lo que puede dar lugar a interpretaciones del precepto

conduce la citada autora a la conveniencia de considerar el uso como un “arrendamiento forzoso”, lo que facilita su valoración y, conservando su naturaleza personal, justifica su inscripción en el Registro.

47 VILLAGRASA ALCALDE, C. “La atribución y la distribución del derecho de uso en el Código Civil catalán” en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. por P. CHAPARRO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 65-88, concretamente pp. 83 y 84 comenta el precepto enunciado en el texto principal, afirmando que la oponibilidad frente a terceros del derecho de uso deriva, necesariamente, de su inscripción registral. Discrepo del profesor Villagrasa, pues los derechos reales, como lo es el derecho de uso en el ordenamiento catalán, son oponibles erga omnes por ser esta una característica intrínseca de su naturaleza. Otra cosa es que el Registro proteja al tercero de buena fe, de manera que quede blindada su situación jurídica si concurren los requisitos del art. 34 LH.

en el sentido de estimar que no existe un derecho de uso como tal. Si unimos ese “uso” con la “facultad dispositiva”, que dice el precepto que tiene acceso al Registro, la combinación es realmente extravagante. Francamente, no me siento capaz de desentrañar la maraña, sin apartarme de los términos empleados en la redacción del precepto. En cuyo caso, no estaría interpretando la norma sino elaborando un texto distinto del que se encuentra vigente.

Llegado a este punto, al interrogarse sobre real o personal, que solo puede inclinarse a personal, se une a un tema previo: ¿derecho, simplemente uso o facultad?

El legislador ha perdido una importante oportunidad: la de regular el derecho de uso como un derecho real que nace del acuerdo de las partes o *ex lege* cuando tienen lugar determinados condicionantes. Y ha conseguido enturbiar, aún más, el farragoso tema de su naturaleza jurídica del que se derivan importantes consecuencias en su aplicación.

IX. LA PREGUNTA: ¿CUÁL ES EL INTERÉS DEL MENOR EN EL ARTÍCULO 96 DEL CC?

Sin entrar en el tema de qué es el interés del menor, es evidente que dicho interés, sea cual sea, se encuentra presente en la dicción del art. 96 CC con total claridad (cosa que no acaecía, expresamente, en su anterior redactado)⁴⁸. Sin embargo, ello no debe conducirnos a afirmar, de forma categórica, que solo puede servirse al mismo por medio de la atribución del inmueble al progenitor custodio como, por otra parte, parece colegirse del rotundo redactado del precepto que comentamos.

La premisa de la que partiré en este discurso la situaremos en la afirmación de que el interés del menor debe ser entendido de manera flexible, adaptable al menor concreto que se pretende proteger; de tal manera que medidas que pudieran ser consideradas como alineadas con el interés de un menor concreto no lo fueran, obligatoriamente y en igual sentido, para otro menor⁴⁹.

Asimismo, no debemos soslayar que, a pesar de la rotundidad aludida por el legislador, la jurisprudencia ha optado por una interpretación más versátil, de manera que admite varios supuestos en los que el interés del menor se atiende sin que se imponga el uso del inmueble al progenitor custodio. De ello se concita

48 Aun así, la jurisprudencia es unánime en vincular el criterio I del art. 96 CC, con el interés del menor. Por todas, STS 16 junio 2014 (RJ 2014, 3073). A mayor abundamiento *vid.* TENA PIAZUELO, I. *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Aranzadi, Pamplona 2015.

49 GARCÍA RUBIO, M.P. “Qué es y para qué sirve el interés del menor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 16-49 concretamente la cita es a la p. 33.

que la ecuación interés del menor/residir en la que fuera la vivienda familiar tiene varias fisuras por lo que no es en sí mismo un binomio indestructible. Ya hemos visto en epígrafes precedentes la jurisprudencia sobre uso de la vivienda en el supuesto de custodia compartida (no un supuesto extraño sino por el contrario mayoritario o muy significativo en la actualidad) o la doctrina sobre el cese del uso por convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja en el inmueble.

Si en un buen número de casos los tribunales fallan no atribuyendo el uso de la vivienda al progenitor custodio, pues la custodia se comparte; prefiriendo atribuirlo al progenitor más necesitado de protección y no a los menores, de manera que estos alternan la residencia entre dos inmuebles. Si los Tribunales, ya de forma automática, fallan dando por extinguido el uso si el progenitor custodio convive con su pareja en el hogar, lo que obliga a los menores, ineludiblemente a cambiar de residencia. ¿debe aplicarse de forma imperativa el art. 96.I CC por el juez? ¿o existe un amplio margen para la interpretación del precepto, de acuerdo a los antecedentes expresados?

Además, invito al lector a realizar conmigo una reflexión, no jurídica, pero de “sentido común”, necesario, también, para interpretar las normas. En la sociedad de este siglo, en la que los menores establecen conexiones con otros compañeros y amigos, no en el parque de su barrio, sino por medio de internet; donde juegan partidas virtuales y juegos con amigos reales o virtuales. Una sociedad en la que muchos progenitores buscan para sus hijos, no ya el colegio más cercano, sino aquel en el que reciben una formación bien religiosa, acorde con sus creencias, o un colegio con formación en idiomas u otras competencias que quieren implementar. En ese entorno, la cercanía con el colegio o con el barrio no es, en sí mismo ni en todos los casos, realidades conectadas con el interés del menor.

Volviendo al inicio de este epígrafe, las circunstancias jurídicas y fácticas expuestas alineadas con la flexibilidad del interés del menor nos conducen a afirmar que el interés del menor debe ser medido y atemperado; y que, en su virtud, la regla del art. 96.I CC debería aplicarse solo y en todo caso cuando realmente el interés de ese menor concreto así lo demande. Lamentablemente la dicción del precepto deja muy poco margen a la interpretación. De modo que, en caso de falta de acuerdo, el juez está obligado a atribuir el uso de la vivienda al progenitor custodio sin margen alguno para considerar otros factores. No es posible, pues, atribuir otras viviendas del patrimonio familiar o del progenitor no custodio o, simplemente, establecer una pensión alimenticia al menor que incluya una cantidad para alquilar una vivienda de similares características de la que fuera vivienda de la familia o cualquier otra compensación o fórmula que así lo permitiera.

X. LA RESPUESTA: UNA NUEVA REDACCIÓN AL ARTÍCULO 96 DEL CC

Llegado a este punto le toca a esta autora posicionarse y ser capaz de realizar la tarea que nuestro legislador ha sido incapaz de llevar a cabo. Pues es muy fácil criticar o cuestionar sin proponer y, ciertamente, no voy a evadirme de ello.

Comenzaremos por el principio: por los intereses que protege el derecho de uso de la vivienda familiar en este momento que no se asemejan a los que en 1981 lo vieron nacer. Afortunadamente, la mujer actual no precisa del respaldo económico de ser beneficiaria del derecho a continuar en la residencia familiar como cuidadora de los menores, función a la que estaba llamada. Como expusimos al iniciar este trabajo, el derecho a usar la vivienda, desde una perspectiva de género, coadyuvó a empoderar económicamente a la mujer y la hizo más libre para decidir sobre la continuidad o no de su relación conyugal. Como quiera que socialmente no se contemplaba otra posibilidad que no fuera la de asumir el cuidado de los hijos menores, al menos desde 1981 tenía un hogar donde residir sin abonar por ello cantidad alguna y sin tener que convivir con el que fuera padre de sus hijos. En consecuencia, el actual derecho de uso de la vivienda no tiene como finalidad facilitar un mayor acomodo a la madre-esposa-cuidadora de hijos que incide en dotarla de mayor libertad para romper el vínculo matrimonial.

En segundo lugar, el derecho de uso se sustentaba en el interés del menor en no desarraigarlo de su entorno, término amplio que comprende no solo el inmueble donde reside sino el lugar físico donde desarrolla sus actividades lúdicas y escolares. De ahí que este fuera el primer criterio imperativo de atribución. Acabamos de exponer en el epígrafe anterior, la evolución del interés del menor y como este presenta otros matices que no demandan para su satisfacción, necesariamente, la residencia en la que fuera vivienda familiar. Por tanto, tampoco es, actualmente, el interés del menor el eje vertebrador del derecho de uso como lo fuera hace décadas.

Bajo el paraguas de los intereses protegidos que acabamos de enunciar, el legislador de 1981 dibujó el art. 96 CC. Un precepto de carácter imperativo para el juez, subsidiario al pacto de los esposos en convenio regulador ratificado judicialmente y que no definía su naturaleza jurídica, aunque, al regular el consentimiento dual, lo dirigía a la categoría de los derechos personales.

A pesar de los cambios tan profundos acaecidos en la sociedad y en las relaciones familiares, el precepto permanece inalterable hasta la reciente reforma. Reforma que, tal y como hemos ido desgranando, no es más que un “mal maquillaje” del primitivo art. 96, que mantiene el mismo diseño, sin que pueda decirse que el legislador haya llevado a cabo el necesario cambio que demandan los conflictos a los que está llamado a resolver.

Nuestra intención al comenzar este discurso era conducir al lector al siguiente texto, que proponemos (y sugerimos) en sustitución del actual.

“1. En defecto de acuerdo de los cónyuges o convivientes, el derecho de uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario se atribuirán temporalmente a los hijos comunes o al cónyuge o conviviente que, por sus circunstancias personales y/o patrimoniales, presente un interés más necesitado de protección. 2. El derecho de uso sobre la vivienda familiar podrá inscribirse en el Registro de la propiedad si se formaliza en documento hábil para ello”

De entrada, el ámbito se amplía en una doble dirección. En cuanto al objeto se dice solo “acuerdo”, y no “acuerdo ratificado judicialmente” en línea con la autonomía de la voluntad que impera, actualmente, en las relaciones familiares y que incluye, obviamente, ambos tipos de pactos. No es preciso señalar que la eficacia de un acuerdo fuera del convenio regulador, o de cualquier otro tomado en este escenario, se encuentra mediatizado por el interés del menor analizado en el momento de que esta se despliegue. Ya lo ha expresado el Tribunal Supremo, en relación al pacto sobre alimentos de los hijos fuera del convenio regulador⁵⁰, doctrina plenamente aplicable a los acuerdos sobre la vivienda de los menores tras la crisis de la pareja fuera del convenio regulador. En segundo lugar, en relación a los sujetos el precepto propuesto incluye tanto a los cónyuges como a los convivientes, excluidos, sin fundamento, en un tema en el que los tribunales aplican, por analogía, los criterios de atribución del uso cuando no existe acuerdo entre los convivientes.

Continuando con el redactado, se propone eliminar la prioridad entre los criterios y el requisito de la minoría de edad haciendo hincapié en la temporalidad, como elemento que calibra la medida y la contextualiza en las circunstancias de los miembros de la familia. Con ello se pretende diseñar un espacio de libertad que le facilite al juez tomar la decisión más acomodada a la realidad de esa familia en concreto, introduciendo el interés del menor de manera natural y adaptado a ese menor. Pues, tal y como hemos visto, es posible que el interés del menor no demande el uso de la vivienda por disponer el progenitor custodio de otra vivienda de similares características a la que fuera familiar, y, en cambio, demandar la atribución del uso el progenitor no custodio al presentar un interés más digno de protección (pues el del menos ya está atendido residiendo en otra vivienda no familiar). Estas y otras circunstancias pueden ser tenidas en cuenta eliminando la imperatividad actual que conduce al juez, necesariamente, a atribuir el uso al progenitor custodio. La casuística puede ser muy variada como lo son las familias y sus relaciones, y la ley no puede no debe entrar en todas y cada una de ellas. Otra cuestión que queda resuelta, sin necesidad de nombrarla, es la atribución del uso

50 Vid. nota a pie núm. 33.

en caso de custodia compartida; ya que nada impide que se atribuya al progenitor más necesitado de protección, lo que permite el precepto al no jerarquizar los criterios; u optar por cualquier otra fórmula que se ajuste al interés de ese menor afectado por esta.

Sorprenderá al lector la eliminación de la minoría de edad, pues su inclusión se considera una de las aportaciones mejor valoradas de la reforma. Si el lector es avezado será capaz de leer, entre líneas, que, por supuesto, como no podía ser de otra forma, el interés del menor estará presente en todas las decisiones que el juez tome dentro del marco ofrecido para ello. Pero ello no es óbice para que, en determinadas circunstancias, sea preciso atender al hijo mayor de edad, que no ha completado sus estudios, no por su desidia, sino, simplemente, porque el ciclo completo de los estudios en España no finaliza al alcanzar la mayoría de edad. ¿Protegemos el interés del progenitor y no el del hijo mayor de edad? Francamente, ello no tiene sentido y, por otra parte, no es coherente con la regulación de los alimentos de los hijos mayores que el CC en su artículo 142 establece su extensión en esas circunstancias ("Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable"). Permitamos, si el juez lo considera, atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor que convive con su hijo mayor de edad que se encuentra en una situación de dependencia económica por motivos solventes y no por otros factores imputables a su conducta, que no le hacen digno de tal protección.

Como apuntaba, la clave que calibra la intensidad de la atribución del uso se residencia en la temporalidad. Ciertamente, esta es una medida excepcional, como lo es privar a su propietario del más elemental facultad: la de usar y disfrutar del bien objeto de la misma. Y, además, sin recibir retribución alguna por ello. En consecuencia, solo la constatación de un interés superior al del titular del derecho, legitima al legislador a regularla. Así entendida, solo mientras esté presente dicho interés existirá el derecho de uso, de manera que, una vez desaparecido este, el uso revertirá al titular. Cuando el uso se atribuye en atención al interés del menor, la temporalidad vendrá determinada por la edad del sujeto concernido. De manera que, una vez cumplido este la mayoría de edad, cesará de forma natural. Sin que sea preciso que la norma aclare nada. En los otros dos supuestos, hijo mayor de edad y cónyuge más necesitado de protección, dado que no es posible constatar la presencia de un interés superior (como lo es el del menor) que por sí mismo determina la temporalidad, el juez deberá fijar el plazo concreto de duración en atención a la necesidad que se pretende cubrir y sin olvidar la excepcionalidad del derecho de uso concedido.

Considero que no es necesario un precepto como el art. 233-25 del CC catalán, pues, eliminado el consentimiento dual, el derecho de uso adopta la naturaleza que le es propia: la de un derecho real. Que se refuerza con la mención en el siguiente párrafo a su inscripción registral.

Hasta aquí mis reflexiones. Durante un tiempo he escrito e intervenido criticando la reforma del art. 96 CC, pero, hasta ahora, no me había sentido a escribir un texto. He dicho muchas cosas sobre el art. 96 CC, en la línea de este ensayo, aunque no todas recogidas en esta propuesta. He eliminado algunas, como la distribución de los gastos o la atribución de segundas viviendas, que considero resuelve la fórmula amplia sugerida u otras reglas del CC. Cada vez soy más partidaria de normas redactadas de forma amplia, que permitan al juez una interpretación amplia y adaptada al conflicto que enjuicia. Y, en Derecho de familia, aun más; pues la casuística es tan contingente y variopinta que intentar completarlas es más pernicioso que facultar al juez para que la atienda dotándole de instrumentos para ello. Cansada de normas reglamentistas, al modo del Derecho anglosajón, nos estamos olvidando del gran valor de nuestro CC: su generalidad que lo dispone a ser aplicado a supuestos no imaginables y que garantiza su permanencia en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2018

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

CERVILLA GARZÓN, M.D.: "Naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar: Revisión y puesta al día", *InDret4*, 2017.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: "Una propuesta de reforma del art. 96C: el derecho a usar la vivienda familiar en el siglo XXI", AA.VV.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis* (dirigida por S. CALAZA, A. DONADO y F. YAÑEZ). Dykinson, Madrid, 2022.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: "El derecho a usar la vivienda familiar cuarenta años después. Reflexiones sobre los cambios normativos e interpretativos del art. 96 CC", en el libro homenaje a Carlos Lasarte (en prensa).

CUENA CASAS, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, núm. 2, pp. 9-39.

CUENA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda habitual" en YZQUIERDO TOLSADA, M y CUENA CASAS, M. *Tratado de Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis matrimoniales* (dir. por P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, 36-62.

DE VERDA BEAMONTE, J.R.: "El vigente art. 96 CC, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio", Instituto de Derecho iberoamericano, <https://idibe.org/tribuna/vigente-art-96-cc-tras-la-reforma-llevada-cabo-la-ley-82021-2-junio/>

FORCADA MIRANDA, F.J.: "La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial y publicada en las *Actas De los decimocuartos encuentros Del foro de derecho Aragonés* Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 2004 y Teruel, 25 de noviembre de 2004.

GARCÍA MAYO, M.: "Pago de los gastos vinculados a la vivienda familiar atribuida tras la crisis matrimonial", *La Ley Derecho de Familia*, 2019, nº 24.

<https://idibe.org/tribuna/vivienda-familiar-e-hijo-mayor-edad-discapacitado/>

GARCÍA RUBIO, M.P. “Qué es y para que sirve el interés del menor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n°13, pp. 16-49

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a las consecuencias de la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja en la vivienda familiar” en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. por P. CHAPARRO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 337-343.

ORDÁS ALONSO, M.: “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. por P. CHAPARRO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 283-314.

PÁRAMO DE SANTIAGO, C.: “Divorcio. Atribución de la vivienda familiar: existencia de hijo mayor de edad discapacitado”, *CEFLegal: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2017, n° 194.

PÉREZ UREÑA, A.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad”, *ELDERECHO.COM*, 01/09/2011.

SAINZ CANTERO, B.: “La conveniencia de atribuir el uso de la vivienda familiar ex art. 96 como arrendamiento forzoso, particularmente cuando está hipotecada” en AA.VV.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ, A. DONADO VARA, y F. YAÑEZ VIVERO), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 209-221.

TAMAYO CARMONA, J.A.: “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2015, núm. 19, pp. 264-291.

TENA PIAZUELO, I.: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Aranzadi, Pamplona 2015.

VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda”, *InDret* 1/2016, 1-57.

VILLAGRASA ALCALDE, C.: “La atribución y la distribución del derecho de uso en el Código Civil catalán” en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. por P. CHAPARRO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 65-88.

TRIBUNAL SUPREMO

30 noviembre 1964 (RJ 1964, 5552)

2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10250)

23 diciembre 1993 (RJ 1993, 10113)

16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020)

4 abril 1997 (RJ 1997, 2636)

23 enero 1998 (RJ 1998, 151)

11 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148)

26 diciembre 2006, RJ 2006\180)

18 enero 2009 (RJ 2009, 1274)

1 abril 2011 (RJ 2011, 3139)

14 abril 2011 (RJ 2012, 257)

30 marzo 2012 (RJ 2012, 4584)

9 marzo 2012 (RJ 2012, 5137)

26 abril 2012 (RJ 2012, 6102)

30 mayo 2012 (RJ 2012, 6547)

16 junio 2014 (RJ 2014, 3073)

1 noviembre 2014 (RJ 2014, 6567)

15 junio 2015 (RJ 2015, 2657)

3 marzo 2016 (RJ 2016, 758)

18 marzo 2016 (RJ 2016, 1136)

19 enero 2017 (RJ 2017, 924)

22 febrero 2017 (RJ 2017, 1079)

8 marzo 2017 (RJ 2017, 696)

12 mayo 2017 (RJ 2017, 2203)

10 enero 2018 (RJ 2018, 74)

27 junio 2018 (RJ 2018, 2929)

15 octubre 2018 (RJ 2018, 4295)

13 noviembre 2018 (RJ 2018, 4930)

20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086)

29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495)

7 noviembre 2019 (RJ 2019, 4630)

23 septiembre 2020 (RJ 2020, 3531)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Cataluña 11 julio 2019 (RJ 2019, 4425)

DGRN

20 febrero 2004 (RJ 2004, 2376)

10 octubre 2008 (RJ 2008, 634)

9 julio 2013 (RJ 2013, 6668)

24 octubre 2014 (RJ 2014, 6107)

19 enero 2016 (RJ 2016, 2975)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Tenerife 25 noviembre 2002 (JUR 2002, 72804)

Islas Baleares 17 marzo 2015 (JUR 2015, 100914)

Barcelona 16 septiembre 2015 (JUR 2015, 260576)

Málaga 28 enero 2016 (AC 2016, 818)

Madrid 1 abril 2016 (JUR 2016, 76940)

Lugo 15 enero 2019 (JUR 2019, 47391)

Murcia 30 mayo 2019 (JUR 2019, 222566)

Murcia 10 octubre 2019 (JUR 2019, 340586)

Salamanca 7 julio 2020 (JUR 2020, 255728)

Madrid 10 julio 2020 (JUR 2021, 136627)

Ciudad Real 16 julio 2020 (JUR 2020, 2999690)

Coruña 20 diciembre 2020 (JUR 2020, 89287)