

NÚMERO 42

2020

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 42

2020-II

Director: D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)

Subdirectora: Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM).

Secretaria académica: Dña. Marta Pantaleón Díaz (Derecho penal - UAM).

Secretaria económica: D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)

Responsable de difusión y medios digitales: D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)

Consejo de redacción:

- D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
- Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho Constitucional - UAM)
- Dña. Isué Bargas (Derecho Civil - Universidad Sergio Arboleda)
- D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)
- D. Carlos Cabrera (Derecho financiero y tributario - UAM)
- D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario).
- D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)
- D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM).
- Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
- Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
- D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
- Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
- D. José Antonio García Sáez (Filosofía del Derecho - Universitat de València)
- D. Héctor Iglesias Sevillano (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. Mariona Llobet Angli (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
- Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM).
- D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Marta Pantaleón Prieto (Derecho penal - UAM)
- Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
- D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia política - UAM)
- D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)
- D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
- D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
- D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la seguridad social - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Laura Sanjurjo (Derecho procesal - UAM)

Consejo asesor:

- D. Juan Damián Moreno (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
- Dña. Elena García Guitián (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
- Dña. Cristina Izquierdo Sans (Directora del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
- D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho Internacional Público - UAM)
- D. Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano - UAM)
- D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:



Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid

The logo for Dykinson, S. L. consists of the company name written in a highly decorative, cursive script.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 42 (2020-II)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2020.42>

HOMENAJE PÓSTUMO

- Agustín JORGE BARREIRO «Recuerdos de una larga y entrañable relación de amistad: a la memoria del profesor S. Mir Puig, catedrático emérito de Derecho penal de la Universidad de Barcelona (UB)»9

ARTÍCULOS

- Nicolás J. GARCÍA PINEDA «Responsabilidad civil por producto defectuoso en el derecho hondureño» 17
- Iván Dario HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ «El estado de la cuestión sobre el carácter vinculante del precedente judicial en Colombia»47
- Antonio VILLANUEVA MARTÍNEZ «Capacidad en el juramento necesario»81
- Miguel LÓPEZ MAROTO «Draghi a los ojos de Weber. Un análisis actual del poder del Banco Central Europeo» 105
- Gemma MINERO ALEJANDRE «Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de *lege ferenda*» 133

RECENSIONES

- Emilio SPÓSITO CONTRERAS: Recensión de la obra de Antonio Fernández de Buján y Fernández «Derecho público romano». 23. ed., Pamplona (Aranzadi), 2020, 540 pp. 171
- Francisco VILA CONDE: Recensión de la obra de Carl Schmitt. «Tierra y mar. Una reflexión sobre la historia universal». Madrid (Trotta), 2019, 107 pp. 175

ESTADÍSTICAS 179

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES 181

CRISIS FAMILIAR Y DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA**

END OF THE MARRIAGE AND RIGHT TO USE THE FAMILY HOME.
CRITICAL ANALYSIS OF SPANISH CASE LAW. SOME *LEGE FERENDA*
PROPOSALS

GEMMA MINERO ALEJANDRE**

Resumen: En este trabajo se estudia la regulación y aplicación de la figura del derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial. En particular, se analizan los parámetros a tener en cuenta por el juzgador en su decisión sobre la atribución del derecho de uso, en función de su existencia o no de hijos comunes menores, y se da cuenta de la insuficiencia de la normativa actual para acomodarse a situaciones de custodia compartida. Se analiza la jurisprudencia española más reciente sobre el derecho de uso y el concepto de deudor de los gastos generados por la vivienda familiar sobre la que existe el derecho de uso de un excónyuge y los hijos menores comunes. Se valoran ciertas propuestas de *lege ferenda*, que mejoren la regulación contenida en el actual artículo 96 CC, tanto en la atribución del derecho de uso como en su extinción, pasando por la regulación de la identidad del sujeto pasivo de los gastos generados por la vivienda familiar mientras dure el derecho de uso. Se busca dar una solución global y equilibrada, que tenga en cuenta la idiosincrasia de la sociedad española actual y la frecuente modificación de las condiciones de vida de los excónyuges tras la crisis familiar. La propuesta tiene en cuenta el desequilibrio que *de facto* genera la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar –generalmente automática con la asignación de la custodia de los hijos comunes– cuando esta es propiedad única del excónyuge no custodio.

Palabras clave: vivienda familiar, crisis matrimonial, derecho de uso, hijos menores comunes, alimentos, impuestos, gastos de comunidad, gastos extraordinarios.

Abstract: This paper provides an analysis of regulation and case law dealing with the right to live in the family home after the termination of marriage. It focuses on the parameters to be taken into account by the judge when deciding about the right to live in the family house and it highlights the insufficiency of current Spanish law to balance the circumstances in case of joint custody. This paper analyses some *lege ferenda* proposals, with the aim of improving current article 96 of the Spanish Civil Code. We propose the regulation of some parameters to decide about the attribution and end of the right to live in the family house as well as the identity of the debtor of the family house expenses. Thus, in an attempt to find a global and balanced solution, which takes into account the features of Spanish society and the frequent modifications of ex-spouses' life

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2020.42.005>

Fecha de recepción: 19 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2020

** Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho Civil UAM. Correo: gemma.minero@uam.es

after the end of marriage. Every proposal has dealt with the imbalance produced in those cases where the right to live in the family home is allocated to the ex-spouse that has the guardianship of common children from the marriage when that person is not the only proprietor or is not one of the proprietors of that house. In that situation, the real proprietor of the house has neither the guardianship of the children nor the right to live in the family house.

Keywords: family home, end of the marriage, right to live in the home, minor children, maintenance, taxes, service fee, extraordinary expenses.

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA CRISIS FAMILIAR Y EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR; II. LO QUE DICE Y LO QUE NO DICE EL ART. 96 CC; III. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y FIGURAS AFINES; IV. VALORACIÓN INICIAL DEL ART. 96 CC A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE Y DE LAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN NORMATIVA; V. CAUSAS DE FINALIZACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR; VI. EL SUJETO PASIVO DE LOS IMPUESTOS Y OTROS GASTOS GENERADOS POR LA VIVIENDA FAMILIAR; VII. CONCLUSIONES; VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA CRISIS FAMILIAR Y EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis familiar no es un tema novedoso¹. Hablamos en este punto de crisis familiar, y no meramente de crisis matrimonial,

¹ Entre los autores que han estudiado esta figura podemos citar los siguientes: BENAVENTE MOREDA, P., «Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, II; 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 a 39; y, de esta misma autora «Régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de la familia*, tomo III, Madrid (Thomson-Aranzadi), 2011, pp. 275 y ss.; ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona (Aranzadi), 1996; ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona (Promociones y Publicaciones Universitarias), 1992; GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Madrid (Reus), 2013; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid (Editoriales de Derecho Reunidas), 1982, tomo II, pp. 406 y ss., así como la anterior edición comentada por SANCHO REBULLIDA, F. A.; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736; y, de esta misma autora, «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008, pp. 2518-2524; LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, M. C., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», en *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Madrid (Dykinson), 2010; LUQUE JIMÉNEZ, M. M., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid (Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de España), 2012; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad de matrimonio», en *Libro homenaje*

con el objetivo de plasmar el principio de no discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales consagrado en el art. 39.2 CE. De ahí que las soluciones propuestas en este estudio serán extensibles por analogía a supuestos de ruptura de parejas de hecho y uniones *more uxorio* estables no formalizadas en las que existan hijos comunes menores².

Este trabajo se formula desde la perspectiva del Derecho común, si bien se analizan en paralelo algunos rasgos del Derecho civil catalán, con el objetivo de presentar propuestas de mejora del actual art. 96 CC³.

Las consecuencias patrimoniales que la ruptura de la pareja conlleva son innegables toda vez que donde antes existió un único hogar o residencia, tras la crisis de pareja, separación, divorcio o nulidad matrimonial habrá de haber –al menos– dos. El nivel de litigiosidad sobre el derecho de uso de la vivienda familiar es elevado, pues es poco probable que antes de incoar el procedimiento de separación, divorcio o nulidad las partes hayan extinguido el régimen de copropiedad o liquidado la sociedad de gananciales que pudiera existir en algunos casos, con la correspondiente adjudicación de este bien inmueble, en caso de ser un bien de naturaleza ganancial. Habitualmente, esto no sucede hasta después de dictarse la sentencia de separación, divorcio o nulidad.

La novedad de este estudio radica en el análisis de la jurisprudencia nacional más reciente dictada por el Tribunal Supremo, que se ha encargado de resolver algunas de las dudas surgidas al tratar de aplicar el Derecho vigente a situaciones de hecho que aún no han sido reguladas de forma específica, a pesar de ser frecuentes en la sociedad española actual.

Se busca ofrecer una potencial respuesta jurídica que aporte un elevado nivel de justicia material y tenga en cuenta que la vivienda familiar sobre la que se genera el derecho de uso tras la crisis matrimonial puede ser un bien ganancial de ambos excónyuges, pero

al profesor Manuel Albaladejo García, Madrid (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), vol. 2, 2004, pp. 3099-3116; y, de esta misma autora, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Navarra (Civitas), 2005; MORALEJO IMBERNÓN, N., «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *Revista xurídica galega*, núm. 33, 2001, pp. 91-119; PINTO ANDRADE, C., «La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales», *Actualidad Civil*, núm. 21, 2012; SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona (Aranzadi), 2001; SANTOS MORÓN, M. J., «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3, 2014, pp. 1 a 36; y TAMAYO CARMONA, J.A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pp. 90-104.

² Véanse las SSTS núm. 687/2004, de 7 julio (RJ 2004\5105) y núm. 221/2011, de 1 abril (RJ 2011\3139).

³ No se analizan, sin embargo, otros textos de Derecho civil autonómico existentes en los que se recogen normas diferentes sobre el derecho de uso de la vivienda familiar, como el art. 81 del Código del Derecho Foral de Aragón; y la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Un estudio de las soluciones aportadas por los legisladores autonómicos puede encontrarse en VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”», *InDret*, núm. 1, 2016.

también puede tener una naturaleza jurídica diferente (bien privativo de uno de ellos, vivienda en copropiedad de un ex cónyuge y un tercero, vivienda en copropiedad adquirida en el seno de un régimen de separación de bienes o régimen económico similar, en la que pueden regir diferentes porcentajes de titularidad de cada comunero, entre otros supuestos posibles). Todo ello desde la perspectiva de la máxima igualitaria contenida en el art. 66 CC, que establece «Los cónyuges son iguales en derechos y deberes», de donde se infiere la necesidad de erradicar soluciones de injusticia material y expropiación de facto de una vivienda, siempre que se salvaguarde el interés del menor al cubrirse de forma efectiva sus necesidades de vivienda.

Son varios los textos que propugnan la introducción de mejoras en la regulación de las consecuencias económicas del otorgamiento del derecho de uso de la vivienda familiar e intentan huir del automatismo de su atribución en caso de existir hijos menores comunes. Qué duda cabe que ello se traducirá en una mayor complejidad del análisis judicial, pero también permitirá aumentar la seguridad jurídica y proveer una respuesta que tenga en cuenta la totalidad de intereses en juego y sea acorde con el objetivo de justicia material pretendido.

Muchas de las cuestiones derivadas de la adjudicación del derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial que se discuten en este trabajo se preveían en la propuesta normativa contenida en el fallido Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia aprobado en Consejo de Ministros el 24 de julio de 2014⁴. La modificación del art. 96 CC propuesta buscaba poner fin a su parquedad y sus ambigüedades. Lo hacía en línea con la modificación llevaba a cabo por el legislador catalán. La postura tendente a tratar de disociar la unión de la idea de la guarda de los hijos y el derecho de uso de la vivienda familiar e introducir en la ponderación otros intereses igualmente relevantes también ha sido seguida por la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil del año 2018 (arts. 219-24 a 219-29)⁵.

En situación de normalidad matrimonial, el art. 1320 CC es la norma basilar sobre el uso de la vivienda familiar, entendiendo por esta el lugar de residencia habitual y permanente del grupo familiar. Este precepto –que exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, la autorización judicial, para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar– se completa con el contenido de los arts. 1357, 1406 y 1407 CC. Tras la crisis matrimonial, la tutela de la vivienda familiar ha de regirse por lo dispuesto en los arts. 90,

⁴ Corrige el anterior texto aprobado por el Consejo de Ministro el 19 de julio de 2013, con el título «Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio». Para un análisis de esta propuesta, véase PEREZ CONESA, C, «Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2013.

⁵ La redacción de estos preceptos ha corrido a cargo de la Prof. Ana Laura Cabezuelo Arenas.

96 y 103 CC. El objetivo común es tratar de garantizar la adscripción de ese inmueble al fin de la residencia habitual de la familia.

II. LO QUE DICE Y LO QUE NO DICE EL ART. 96 CC

La fijación del derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial se regula en el art. 96 CC⁶, que determina dos reglas generales para la adjudicación judicial de dicho derecho. Si bien este precepto indica su subsidiariedad frente al acuerdo de los cónyuges, el potencial acuerdo ha de cumplir la máxima contenida en el art. 90 CC para su aprobación judicial. A saber: no resultar dañoso para los hijos, ni gravemente perjudicial para uno de los excónyuges. Las reglas contenidas en el art. 96 CC se aplican sea cual sea el régimen económico matrimonial.

En primer lugar, cuando existan hijos comunes de los ex cónyuges y sean menores de edad, el derecho de uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Nótese que del art. 96 CC no se infiere un límite temporal estricto del derecho de uso de la vivienda por parte de los hijos, si bien el Tribunal Supremo ha recalcado que existe un límite intrínseco: la mayoría de edad de los hijos. Así se desprende, entre otras, de la STS 181/2018, de 4 de abril (RJ 2018\1185): «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»⁷.

En este caso el interés del menor trasciende frente a cualquier interés patrimonial de los progenitores, en aplicación del principio *favor filii*, y en cumplimiento de la obligación de alimentos debidos por los titulares de la patria potestad⁸. Esta norma sigue la senda marcada

⁶ Precepto redactado por la Ley 30/1981, 7 julio (publicada en el B.O.E. de 20 julio), por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Desde entonces esta norma no ha sido modificada.

⁷ Esta sentencia interpreta de forma restrictiva el supuesto de hecho previsto en la primera regla contenida en el art. 96 CC, con el objetivo de no equiparar en la atribución del derecho de uso de la vivienda el supuesto del hijo menor con el supuesto del hijo mayor de edad con patria potestad prorrogada. El TS afirma: «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».

⁸ Esta regla se aplica durante la minoría de edad. Tras ella, el derecho de uso del hijo se extingue y, con ello, el derecho de uso del cónyuge custodio. Esta afirmación se entiende sin perjuicio del hecho de que, alcanzada la mayoría de edad, el potencial uso de la vivienda familiar por los hijos se realice, en caso de falta de independencia económica del hijo, en cumplimiento de la obligación genérica de prestación de alimentos entre parientes, conforme a los arts. 142 y ss. CC. Véase ROCA TRÍAS, E., «Comentario del art. 96 CC» en *Comentario del Código Civil*. Tomo I, 2.ª edición, Madrid (Ministerio de Justicia), 1993, p. 399; y, de esta misma autora, «Comentario al artículo 96», en *Comentarios a la reforma del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid (Tecnos), 1984, p. 608.

por la ONU en 1989, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹. Conforme al principio del *favor filii*, se presume que el hecho de mantener una estabilidad en la residencia de los hijos menores y conservar en la medida de lo posible las condiciones familiares existentes antes de la ruptura hace menos traumático el cambio que ya supone la separación o divorcio de los progenitores. En su decisión, el órgano judicial tendrá como objetivo evitar para los hijos menores perturbaciones dañosas. Aunque en aplicación estricta de esta regla el excónyuge usuario de la vivienda familiar que tiene la custodia de los hijos menores comunes no es el beneficiario de la medida judicial de atribución del derecho de uso, qué duda cabe que de facto saca un beneficio innegable de esta¹⁰. Esta norma no menciona como parámetro a tener en cuenta en la decisión judicial la titularidad del derecho de propiedad de la vivienda, por lo que su contenido se aplica por igual a casos de vivienda de naturaleza ganancial y a casos de vivienda privativa del cónyuge no usuario, entre otros posibles supuestos.

⁹ El principio del *favor filii* se regula con carácter transversal en el art. 2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En palabras de VERDERA IZQUIERDO, «no solo se configura como un principio interpretativo, sino también como un derecho sustantivo del menor y una norma de procedimiento, siguiendo de esta forma los designios de las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas». Véase VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”», cit., p. 4. El art. 3.1 de esta Convención establece este principio como base indisponible por progenitores e instituciones: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». En la decisión sobre la adjudicación de la vivienda familiar, la regla general, a falta de pacto entre los excónyuges, es la adjudicación a los hijos menores comunes, al ser el interés más necesitado de protección y de forma refleja al cónyuge al que se le concede la guarda y custodia de los menores –o a ambos cónyuges, cuando hablamos de custodia compartida en la que se haya establecido el uso alterno de la vivienda familiar–. La atribución de la vivienda familiar es una expresión del principio *favor filii*, debiendo cumplirse dicho principio por el juez de acuerdo con el art. 96 CC. Acerca del principio del interés del menor como parámetro rector de la atribución del uso de la vivienda familiar de acuerdo con el art. 96 CC, véase la STS 282/2015, de 18 de mayo (RJ 2015\1919). En esta resolución se estima el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia por la que se atribuye el uso de la vivienda familiar al hijo menor y a la progenitora, con una limitación de la duración «hasta el momento de liquidación de la sociedad de gananciales con un límite máximo de 3 años». En este sentido, el TS afirma: «El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. (...) [N]o corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor».

¹⁰ Ello con independencia de que el excónyuge custodio tenga o no un derecho adicional a pensión compensatoria, en función de si existe o no el desequilibrio económico al que se refiere el art. 97 CC.

No se puede pasar por alto que la aplicación de lo dispuesto en el art. 96 CC depende, a su vez, del régimen de guarda y custodia aplicable al caso. Régimen que se rige por el art. 92 CC, en donde no se contiene de forma clara una regla general favorable a la custodia compartida, sino que esta solamente se menciona como una de las posibilidades de acuerdo de los progenitores, que el juez decretará previa solicitud a instancia de parte, junto con la posibilidad de acordar que la patria potestad sea ejercitada total o parcialmente por uno de los excónyuges.

En este punto debe advertirse la necesidad de limitar temporalmente la primera regla prevista en el art. 96 CC a supuestos de minoría de edad de los hijos comunes, sin que se pueda extender a casos de mayoría de edad de hijos sin independencia económica. En este supuesto, estaremos hablando de la obligación de los progenitores de procurar alimentos a los hijos necesitados, pero no así de la extensión en el tiempo del derecho de uso de la vivienda familiar creado durante la minoría de edad de los hijos. La STS 43/2017, de 23 de enero (RJ 2017\629), es especialmente ilustrativa en este punto, recogiendo la doctrina de sentencia de Pleno 315/2015, de 29 de mayo, con el siguiente tenor: «La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso (...) deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas». El uso se atribuye al progenitor, por el tiempo que prudencialmente se fije a su favor y este tiempo no es el que conviene a los hijos ya mayores de edad sino al progenitor cuyo interés es el más necesitado de protección, aunque durante su minoría de edad se hubiera previsto la custodia a favor de la otra progenitora y el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos menores y, por extensión, de la progenitora custodia. Alcanzada la mayoría de edad, si los hijos necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, pueden pasar a residir con cualquiera de sus progenitores, pues ambos están obligados a prestar alimentos a los hijos.

La segunda regla se contiene en el tercer párrafo del art. 96 CC, que rige cuando no existan hijos comunes —o cuando, existiendo, estos han alcanzado la mayoría de edad o se han emancipado—, aporta a la decisión acerca de la atribución del derecho de uso un carácter asistencial. En particular, corresponderá al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo prudencialmente fijado por el juez, que tendrá un amplio margen de discrecionalidad, en atención a las circunstancias del caso¹¹. Esta debe ser una medida

¹¹ En algún caso excepcional se ha invertido la aplicación de la reglas citadas, para adjudicarse el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio por ser este el interés más necesitado de protección, en supuestos

excepcional, porque el sujeto que resulte adjudicatario del derecho de uso podrá residir en el inmueble sin contraprestación económica a favor del propietario o copropietario del mismo. De ahí que no pueda olvidarse que la letra de este tercer párrafo del art. 96 CC emplea el adverbio «prudencialmente» —«por el tiempo que prudencialmente se fije»—, lo que excluye, además, la atribución indefinidamente o por tiempo ilimitado de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección no propietario del bien inmueble¹². Del carácter intrínsecamente temporal del derecho de uso se infiere la necesidad de que la resolución judicial que lo cree fije el período de duración de este derecho o la horquilla temporal para proceder a la revisión de su necesidad o procedencia —habitualmente, mientras dure

en donde el sujeto adjudicatario era asimismo el cotitular del derecho de propiedad sobre el bien inmueble. Cabe citar en este sentido la SAP de Zaragoza de 23 de marzo de 1996, en la que se determina el uso por el excónyuge que sufría una enfermedad mental, aun cuando la custodia del hijo menor se atribuyó a la progenitora no usuaria de la vivienda. En los supuestos de hecho de las SSAP Navarra, sección 3.ª, núm. 165/2000, de 28 de junio (AC 2000\1677); y de 5 mayo 1995 (AC 1995, 1067); y la SAP Barcelona, sección 18.ª, de 24 marzo 2000 (JUR 2000, 183050) el cónyuge custodio disponía de otra vivienda en la que poder instalar la residencia, junto con los hijos menores. Por su parte, la SAP de Las Palmas, sección 5.ª, núm. 536/2003, de 1 de julio (JUR 2004\24306) atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar al excónyuge no guardador, que sufría una grave enfermedad. Sin embargo, en la SAP Vizcaya, sección 4.ª, núm. 12/2003, de 10 de enero (JUR 2003\24348) se atribuyó el uso de la vivienda familiar ganancial al excónyuge custodio de los hijos menores, dejando en situación delicada al otro excónyuge, que había sufrido una tetraplejía, con la consiguiente dificultad para la búsqueda de una nueva vivienda adaptada a sus necesidades físicas. Asimismo, la SAP Zaragoza, sección 4.ª, núm. 3/2001, de 2 de enero (JUR 2001\81391) atribuye el uso de la vivienda familiar al excónyuge custodio de los hijos menores, a pesar de ser dicho bien propiedad únicamente del otro excónyuge, que había sufrido un accidente cerebrovascular que le hacía dependiente del uso de silla de ruedas.

¹² En palabras de GARCÍA CANTERO, «[e]s necesario que *ab initio* se señale un período de tiempo, pues se trata de un beneficio que el legislador desea temporal». GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96», cit., p. 413. Sin embargo, el TS sí se ha mostrado contrario a la posibilidad de limitar temporalmente el derecho de uso cuando existen hijos menores. Por todas puede citarse la STS núm. 236/2011, de 14 de abril (RJ 2011\3590), en la que se revocó la resolución de instancia que había atribuido el derecho de uso al hijo menor y a la progenitora titular de la custodia, con carácter temporal hasta en tanto no concluyera la liquidación de la sociedad conyugal. Entiende el Alto Tribunal que el Código Civil «no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo». Un supuesto de hecho y una solución equivalentes se contienen en la STS núm. 451/2011, de 21 de junio (RJ 2011\7325). Véase PINTO ANDRADE, C., «La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales», *Actualidad Civil*, núm. 21, 2012; y UREÑA MARTÍNEZ, M., «Comentario a la STS 14 abril 2011», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2011, núm. 97. Sobre la diferenciación entre el derecho de uso de la vivienda no sujeto a reglas de temporalidad en el caso de hijos menores comunes y sí intrínsecamente temporal en caso de inexistencia de hijos menores comunes, véanse la RDGRN de 30 de mayo de 2018 (RJ\2018\2512). Se trata de un caso de ruptura matrimonial con existencia de un hijo menor de edad cuya custodia se atribuye a la madre, que en tanto que excónyuge custodio residirá en la que fue la vivienda familiar. La DGRN concluye que no resulta preciso señalar el límite temporal del derecho de uso asignado a la misma a efectos de su acceso al Registro. En palabras de la DGRN: «puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales, si bien, resultarán de modo indirecto, y cuando no existen hijos o estos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho. Y es que, cuando concurren hijos menores, el plazo de vigencia del derecho de uso está ya fijado en el límite de la mayoría de edad».

el procedimiento de liquidación del régimen de gananciales¹³. En este sentido se puede citar, entre otras, la STS 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017\274), en la que se advierte que el mantenimiento indefinido en el uso de la vivienda por uno de los excónyuges no está contemplado en el art. 96 CC.

Como se ha indicado, con esta segunda regla prevista en el art. 96 CC se crea una nueva obligación genérica asistencial, esta vez entre quienes fueron cónyuges. Este segundo supuesto de hecho, a diferencia del primer grupo de casos, no puede tratarse de una extensión de los deberes de socorro entre excónyuges más allá del supuesto de la separación, ni de una obligación de contribución a las cargas del matrimonio, ni tampoco es un subtipo de pensión compensatoria en sentido estricto¹⁴.

III. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y FIGURAS AFINES

El origen de parte de la problemática discutida en este trabajo es la ausencia de consenso acerca de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar. Esta falta de seguridad jurídica se debe a la parquedad de las disposiciones contenidas en el Código Civil.

En la disyuntiva entre la asignación al derecho de uso de una naturaleza real o personal, el TS entendió originariamente que se trataba de un derecho real, con eficacia directa e inmediata sobre la vivienda habitual¹⁵. Con posterioridad, ha defendido, sin embargo, que nos encontramos ante un derecho personal, de carácter intrínsecamente familiar, cuya titularidad corresponde en unos casos a los hijos menores comunes y, por extensión, al excónyuge custodio de estos y, en otros supuestos, al excónyuge más necesitado de protección¹⁶. En sentido estricto, el titular del derecho de uso de la vivienda familiar son los

¹³ La asignación del derecho de uso de la vivienda familiar ganancial no se traducirá, en lo que a la liquidación de la sociedad de gananciales se refiere, en una atribución preferente de ese bien inmueble a quien hubiera ostentado el derecho de uso. Ha de regir en todo caso el principio de igualdad entre cónyuges. Véase DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 96», cit., p. 1014.

¹⁴ En este sentido, MORALEJO IMBERNÓN, N., «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», cit., p. 101.

¹⁵ STS núm. 1149/1992, de 11 de diciembre (RJ 1992\10136). Los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se ha reconocido la naturaleza de derecho real del derecho de uso suelen traer causa de una acción de división de la vivienda que es cosa común iniciada por el excónyuge copropietario no adjudicatario del derecho de uso. En la STS núm. 563/2006, de 1 de junio (RJ 2006\3060) se habla de un «derecho real sui generis». Por todas cabe citar las SSTS núm. 314/2003, de 28 de marzo (RJ 2003\3040); y núm. 455/2006, de 8 de mayo (RJ 2006\2342). Véase, por todos, BERROCAL LANZAROT, A., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 734, 2012, p. 2497.

¹⁶ La segunda línea interpretativa está consolidada en la actualidad. Por todas, pueden citarse las SSTS núm. 859/2009, de 14 enero (RJ 2010\2323); núm. 861/2009, de 18 enero (RJ 2010\1274); y núm. 178/2011, de 18 de marzo (RJ 2011\935). Véase CERVILLA GARZÓN, M. D., «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *Indret*, núm. 4, 2017, pp. 4 y ss; y DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 96», cit., p. 1014. Sobre la naturaleza familiar del derecho de uso de la vivienda,

hijos menores, cuando este derecho se asigna por razón de su custodia, compartida o no, aun cuando indirectamente el excónyuge custodio –o los excónyuges custodios– se beneficie de ello por razón de la convivencia¹⁷.

El derecho de uso tiene un carácter atípico y es una facultad indisponible por su titular. Para el o los propietarios del bien inmueble sobre el que se crea el derecho de uso por resolución judicial no existirá contraprestación económica alguna. Dicho sujeto seguirá ostentando como propietario la facultad de enajenación del bien, si bien habrá de cumplir con la formalidad exigida en el art. 96 *in fine* CC –consentimiento del excónyuge no propietario o, en su caso, autorización judicial–¹⁸.

A pesar de esta calificación, no puede negarse la similitud entre el derecho de uso de la vivienda familiar y los derechos reales de uso y habitación, regulados en los arts. 523 y ss. CC. Con todo, el carácter intrínsecamente temporal del derecho de uso de la vivienda familiar, exige diferenciarlo de los citados derechos reales, que se presumen vitalicios, salvo que se hubieran constituido por un período temporal limitado. Esta cercanía es relevante a la hora de analizar el reparto de gastos generados por la cosa, que, en el caso de los derechos reales de uso o habitación, tal y como dispone el art. 528 CC, se rige por las reglas del usufructo.

La ausencia de regulación expresa reserva al juez, en último término, la función de valorar la traducción que el derecho de uso de la vivienda puede tener en la obligación del excónyuge propietario o copropietario de pagar alimentos a los hijos¹⁹.

véase la RDGRN núm. 1351/2016, de 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975). Sobre el carácter familiar, véase asimismo, CERVILLA GARZÓN, M. D., «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», cit., pp. 8 y ss.

¹⁷ La STS núm. 191/2011, de 29 marzo (RJ 2011\3021) es especialmente clarificadora en este sentido. Sin embargo, en la inscripción registral del derecho de uso suele figurar el excónyuge custodio como titular de este derecho. A modo de ejemplo, se pueden citar las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 mayo 2009 (BOE-A-2009-9590); de 18 noviembre 2009 (BOE-A-2010-349); y de 9 julio 2013 (BOE-A-2013-8775).

¹⁸ Este hecho ha conducido a CUENA CASAS a calificar la decisión de atribución del derecho de uso al excónyuge custodio no propietario de «expropiación temporal, sin justiprecio, que puede conducir al dueño incluso a situaciones de exclusión social». CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», cit., p. 15. Atendiendo a las consecuencias económicas negativas que desde el punto de vista patrimonial se derivan de este hecho, algunos autores han defendido la necesidad de patrimonializar el derecho de uso de la vivienda familiar, esto es, la necesidad de conferir a este derecho un valor económico específico. Véase en este sentido, TAMAYO CARMONA, J.A., «¿Patrimonialización del derecho de uso sobre la vivienda familiar?», 2011, accesible en <http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/93-patrimonializacion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar> (último acceso: febrero de 2019); y VELÁZQUEZ MARTÍN, M.A., «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2002, p. 350.

¹⁹ Algún autor ha propuesto la posibilidad de implementar un derecho de uso no gratuito, pudiendo decretar el juez, eventualmente, en todo o parte, el abono de la renta de la vivienda si ello fuere equitativo. En palabras de GARCÍA CANTERO: «la gratuidad no se presume –y menos en situaciones de conflicto familiar– y si

El derecho de uso de la vivienda familiar tiene acceso al Registro de la Propiedad, mediante anotación preventiva –si dimanara de una resolución judicial provisional o cautelar– o mediante inscripción –si su atribución se hace en sentencia judicial–.²⁰ Ello permite configurarlo como una suerte de carga impuesta al titular del derecho de propiedad del bien mueble, como lo son otros derechos personales registrables, entre ellos el derecho del arrendatario²¹. En caso de custodia compartida y derecho de uso atribuido a los hijos menores comunes y a ambos excónyuges de forma alternativa, en la inscripción se hará constar esta bicefalia. Asimismo, la extinción del derecho de uso tendrá reflejo registral, pudiendo el titular o cotitular del bien inmueble solicitar la cancelación del asiento correspondiente.

El TS ha defendido la subsistencia del derecho de uso tras el ejercicio de la acción de división de la cosa común, tanto cuando el tercero comprador adquiere la vivienda directamente del excónyuge propietario único, como cuando la compra en subasta pública²². El adquirente estará obligado a respetar el derecho de uso conocido efectivamente por este o inscrito en el Registro de la Propiedad. Subsistencia que, *de facto*, reduce en buena medida el interés por la adquisición de este bien inmueble. La citada subsistencia se producirá tam-

el legislador hubiera querido que tales contratos fueran gratuitos, lo hubiera dicho expresamente». GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96», cit., p. 498.

²⁰ La regla prevista en el art. 2.2.º de la Ley Hipotecaria y en el art. 7 del Reglamento Hipotecario permite el acceso al Registro de todo título por el que se constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga un derecho real, cualquier que sea este, y se permite de forma excepcional el acceso registral a algunos derechos personales, como es el derecho del arrendatario. Véase la RDGRN de 5 de junio de 2008. La RDGRN de 20 de febrero de 2015 (RJ 2015\1226) ordena la inscripción del derecho de uso a nombre del excónyuge y el de los hijos, porque así lo estableció la sentencia, mientras que la RDGRN de 19 de enero 2016 (RJ 2016\2975) establece que la inscripción se haga a nombre del excónyuge, y no de los hijos menores comunes. El texto del art. 96.8 CC previsto en el fallido Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, de 2014, indicaba la posibilidad de inscripción y anotación preventiva del derecho de uso de la vivienda familiar.

²¹ Sin embargo, DÍAZ MARTÍNEZ sostiene que no podrá tener acceso al Registro el derecho de uso que se ostente sobre un bien inmueble cuya propiedad pertenezca a terceros distintos de los excónyuges. DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al art. 96», cit., pp. 1003 y 1009.

²² Por todas, SSTS núm. 1103/2000, de 4 de diciembre (RJ 2000\10430); núm. 314/2003, de 28 marzo (RJ 2003\3040); y núm. 455/2006, de 8 mayo (RJ 2006\2342) y núm. 861/2009, de 18 enero (RJ 2010\1274). La razón de ser de esta doctrina jurisprudencial se encuentra en la protección de la vivienda familiar. En particular, en la STS núm. 78/2012, de 27 febrero (RJ 2012\3383) se concluye a favor de la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar y su oponibilidad frente a terceros, tras la acción de división de la vivienda titularidad común de los dos excónyuges. El derecho de uso se asignó al interés más necesitado de protección, que era el del excónyuge, de profesión abogado, que tenía instalado en ese bien inmueble el despacho, siendo esta la única fuente de ingresos de la familia. Véase ALGARRA PRATS, E., «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pp. 7 y ss.; y LÓPEZ FRÍAS, A., «El derecho de uso ex art. 96 CC ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 2012, pp. 111-136.

bién cuando se hubiera incumplido la exigencia prevista en el art. 96 *in fine* CC por haberse vendido el bien sin el asentimiento del titular del derecho de uso²³.

En este punto resulta interesante analizar las propuestas de modificación presentadas en los últimos años. El Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 2014 recalca el carácter susceptible de valoración económica del derecho de uso de la vivienda familiar. No se regulaba una compensación económica al excónyuge propietario o copropietario no adjudicatario del derecho de uso, pero el nuevo apartado cuarto del art. 96 CC propuesto, en línea con el art. 233-20.7 del Código Civil Catalán, sí indicaba la ponderación de ese valor a la hora de cuantificar las pensiones alimenticias y/o compensatorias, que son pagadas en parte en especie por este sujeto²⁴. Esta idea está presente también en el artículo 219-27 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores. El primer inciso del apartado cuarto del art. 96 CC previsto en el Anteproyecto de 2014 debe entenderse referido a una doble vertiente. Por un lado, la atribución del derecho de uso de la vivienda a uno de los excónyuges supondrá una minoración parcial –o, en su caso, total– de la cuantía de las citadas pensiones que el otro excónyuge tenga que satisfacer²⁵, pero, por otro lado, también habrá de analizarse la influencia que la asignación del derecho de uso suponga para el cónyuge beneficiario en la deuda que este tenga en concepto de alimentos de los hijos menores y, en particular, en lo que a la contribución a las necesidades habitacionales se refiere. De la suma de todo ello se confiere una relevancia material, palpable, a la ponderación del grueso de circunstancias y consecuencias económicas de la crisis matrimonial.

La Asociación de Profesores de Derecho Civil va un paso más allá en su Propuesta de Código Civil, al sostener que la vivienda familiar no se grave con un derecho de uso cuan-

²³ La regla de la exigencia de control o asentimiento a la disposición del bien por el titular del derecho de uso, ex art. 96, párrafo cuarto, CC –puede suplirse por autorización judicial– no convierte al titular del derecho de uso en parte del negocio de disposición. La sanción en caso de omisión es la anulabilidad del negocio jurídico dispositivo. Sin embargo, la sanción será la nulidad absoluta cuando el excónyuge disponga de la vivienda que es bien común a título gratuito. Véase GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96», cit., p. 415; y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, 1986-I, p. 1331.

²⁴ La norma catalana señala: «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».

²⁵ El derecho de uso de la vivienda habría de valorarse económicamente –por ejemplo, en atención a la renta arrendaticia que en ese momento se está pagando de media en el mercado por una vivienda de esas características en esa zona– y la cuantía resultante operaría como un gasto a tener en cuenta en la prestación alimenticia y en la posible pensión compensatoria, por lo que el propietario de la vivienda habría de tener una participación proporcionalmente inferior en el resto de los gastos en concepto de alimentos de los hijos y pensión compensatoria. Con todo, el criterio del mercado puede no ser suficiente para computar la carga total que para el excónyuge propietario supone la privación del uso de la vivienda, debiendo valorarse en este caso el resto de las circunstancias. Esta persona habrá de seguir haciendo frente a los gastos de adquisición de la propiedad del bien inmueble sin poder disfrutar de su uso y tendrá que satisfacer los gastos de un nuevo alojamiento. Véase GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Madrid (Reus), p. 148.

do ello suponga una depreciación del valor del bien inmueble ante posibles compradores, cuando las circunstancias del propietario o propietarios exigen su venta en las mejores condiciones posibles para la subsistencia con un nivel económico adecuado. Hecho que redundará, a su vez, en beneficio de los hijos menores comunes²⁶. Piénsese, en el supuesto en el que la vivienda familiar es el bien más valioso del que dispone el excónyuge no custodio. En estos supuestos, la modificación propuesta busca articular la posibilidad de que con la decisión judicial se consiga articular una postura flexible que permita compatibilizar el objetivo del provecho económico del titular del derecho real de propiedad con la garantía de vivienda de los hijos menores²⁷.

IV. VALORACIÓN INICIAL DEL ART. 96 CC A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE Y DE LAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

De la lectura del art. 96 CC y su interpretación desde la perspectiva de la sociedad española actual, se infieren diversas cuestiones a tener en cuenta. Debe destacarse que se trata de una norma pensada inicialmente para supuestos de custodia monoparental, no reformada tras la regulación de la posibilidad de reconocer la custodia compartida, a pesar del amplio reconocimiento que su aplicación tiene de acuerdo con la actual doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo²⁸. Sin embargo, la discusión sobre la ubicación de la familia en los períodos en los que cada uno de los cónyuges custodios lleve a cabo el ejercicio de la custodia compartida es clave en el procedimiento de crisis matrimonial y debe realizarse tras ponderar todos los intereses concernidos.

Las dificultades para acomodar el contenido del art. 96 CC a las situaciones de custodia compartida se han puesto de manifiesto, entre otras, en la STS 630/2018, de 13 de noviembre. En esta resolución, el Alto Tribunal aplica el segundo criterio de atribución del uso

²⁶ Apartado tercero del art. 219-26 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. «El automatismo no puede imponer la conservación de un nivel ficticio de vida, esto es, de lo que ya no se está en condiciones de soportar». «Esto solo se logra cuando el inmueble no se grava finalmente con el uso, pues este lo deprecia notablemente ante posibles compradores». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil*, ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Madrid (Tecnos), 2018, p. 133.

²⁷ El art. 233-25 del Código Civil Catalán regula el principio de libre disposición por el titular del derecho de propiedad de la vivienda.

²⁸ La reforma llevada a cabo en el año 2005 del artículo 92 de Código Civil introdujo la mención de la figura de la custodia compartida de los hijos en supuestos de crisis matrimonial de los progenitores, pero no afectó al resto de efectos de la misma, incluido el derecho de uso de la vivienda familiar. La guarda y custodia compartida en España es considerada en la actualidad por el TS no «una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea» (STS núm. 257/2013, de 29 abril (RJ 2013\3269), FD. 2, confirmada, entre otras, por las SSTS núm. 368/2014, de 2 julio (RJ 2014\4250) y núm. 96/2015, de 16 febrero (RJ 2015\564)).

de la vivienda articulado en esta norma –la tutela del excónyuge más necesitado– para un supuesto no previsto en el párrafo tercero del art. 96 CC –pues en el asunto litigioso existían hijos menores de edad comunes–. Por tanto, se aplica la regla prevista para la inexistencia de hijos menores comunes a un caso en el que dichos hijos sí existen y para los que se acuerda que rija el régimen de la custodia compartida de ambos progenitores. El TS acuerda 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». Con todo, debe tenerse en cuenta que, cuando no exista un excónyuge con un interés más necesitado de protección que el otro, la sentencia en la que se reconozca la custodia compartida puede fijar el derecho de uso de una única vivienda a favor de los hijos comunes menores y de ambos progenitores, alternándose en esa vivienda en los correspondientes períodos en que ejerzan la custodia compartida, y sin que la vivienda familiar quede adscrita a uno de ellos con exclusividad.

El art. 96 CC es una norma claramente insuficiente, generadora de inseguridad jurídica. En primer lugar, porque no aclara si la medida de adjudicación del derecho de uso de la vivienda está comprendida o no en el deber de alimentos de los progenitores para con sus hijos, que permita que dicha medida pueda ser sustituida por una prestación económica que satisfaga cumplidamente las necesidades habitacionales de los menores. Dificultad que es doble si se suma al carácter variable de la prestación alimenticia, en atención a la potencial –probable, más bien– modificación de las necesidades de los alimentistas y de la capacidad económica de los alimentantes. En segundo lugar, porque no regula expresamente ni atiende al impacto que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar pueda conllevar en la eventual pensión compensatoria que pueda tener que pagar un excónyuge al otro.

Siempre que existan hijos menores, el interés superior del menor aparece configurado en el art. 96 CC como el único objetivo a tener en cuenta. Meta que, si no se pondera con otros parámetros, puede implicar un sacrificio importante para ambos progenitores. En particular, será especialmente gravoso para el excónyuge no custodio, sobre todo cuando la vivienda familiar tenga para esta persona un carácter privativo.

La aplicación literal de esta norma conduce a soluciones en las que se puede magnificar el impacto negativo que para los hijos menores pueda tener un cambio de vivienda tras un proceso de crisis matrimonial de sus progenitores, presumiendo que el deber de velar por los hijos sujetos a la patria potestad no podrá ser cumplido de forma efectiva cuando medie un cambio de vivienda. Cosa que habrá de valorarse caso por caso, y no mediante afirmaciones en abstracto.

En efecto, habrá supuestos en los que las necesidades de vivienda de los hijos puedan estar cubiertas de otra forma, por ejemplo, por existir dos viviendas gananciales o en copro-

piEDAD de los progenitores o por tener el excónyuge custodio una vivienda propia²⁹. De la jurisprudencia pueden inferirse dos excepciones a la regla general prevista en el art. 96 CC en caso de existencia de hijos menores comunes. En palabras de la STS 117/2017, de 22 de febrero (RJ 2017\1079), «esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil». A saber: i) cuando la vivienda no tenga el carácter de familiar, ii) cuando los hijos menores no precisen de la vivienda por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios³⁰. En estos casos resulta poco adecuado el automatismo de la aplicación del art. 96 CC³¹.

²⁹ Cuesta inferir del principio del *favor filii* la necesidad de que el hogar permanezca inmutable en cualquier momento posterior a la ruptura de los progenitores. Sobre todo cuando se trata de menores de corta edad, que no hayan convivido aún dentro de un círculo social continuado y consistente, así como en supuestos de menores que han vivido episodios de violencia familiar dentro de su hogar. La STS núm. 242/2016, de 12 abril (RJ 2016\1336) identifica este principio con la necesidad de procurar «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativa como emocionales y afectivas» y de ponderar «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo», teniendo en cuenta que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara». Por su parte, la STS núm. 671/2012, de 5 noviembre (RJ 2012\10135) es ilustrativa, al concluir que cuando el hijo menor de edad tiene atendida su necesidad de vivienda no se puede pretender una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso de que no fuera posible el uso de la vivienda en la que en ese momento convive con su progenitora y la nueva pareja de esta. El Alto Tribunal sostiene que en tanto quede salvaguardada la necesidad de vivienda se estará protegiendo el interés del menor, pudiendo adjudicarse el derecho de uso no solo sobre la vivienda familiar, sino también sobre las segundas residencias o de otras viviendas que pudieran tener los cónyuges y satisfagan dichas necesidades. Véase BERROCAL LANZAROT, A.I., «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2014, p. 1355; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., «Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores. Comentario a la STS, Sala 1.º, de lo Civil, 181/2014, de 3 de abril», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, 2015, p. 118 y 123; SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pp. 48 y ss; SANTOS MORÓN, M. J., «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, núm. 3, 2014, p. 3; VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”», cit., pp. 4 y ss; y ZUMAQUERO GIL, L., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 41, 2016, p. 119. En contra de las afirmaciones defendidas en este trabajo, por entender que el art. 96 CC recoge una presunción *iuris et de iure* de que el interés del menor solo queda correctamente salvaguardado mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, UREÑA CARAZO, B., «Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, 2015, p. 7.

³⁰ Por todas pueden citarse las SSTS 622/2013, de 17 de octubre (RJ 2013\7255) y 117/2017, de 22 de febrero (RJ 2017\1079). Asimismo, debe traerse a colación la propia STS 630/2018, de 13 noviembre (RJ 2018\4930), antes mencionada, referida a un caso de custodia compartida. En este último caso, se atribuye al exesposo el derecho de uso de la vivienda familiar, con quien convivirán las hijas en el período que le corresponda. El reparto de la custodia compartida fue el siguiente: «Guarda y custodia de las hijas menores será compartida de forma que los días lectivos de la semana estarán en compañía de la madre y los fines de semana con el padre desde la salida del colegio del viernes hasta las 20,00 horas del domingo y los días festivos y puentes se unirán al fin de semana».

³¹ En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 96», cit., p. 1004.

De ahí la crítica a subsistencia de la literalidad de esta norma, de la que se infiere un carácter inflexible, pues no concede *per se* un margen de maniobra al juez para atender a las circunstancias de los excónyuges cuando existen hijos menores comunes, y que ha tenido que ser corregida por la interpretación jurisprudencial³². La propia opinión del Alto Tribunal se desliza en algunas sentencias recientes, como la citada STS 117/2017, en la que, a la hora de valorar la posible limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar de los hijos menores y la progenitora custodia, en un caso en el que dicha vivienda era bien privativo del cónyuge no custodia, se concluye la obligación de aplicar el mandato de no limitar temporalmente dicho uso mientras los hijos estén en minoría de edad, por aplicación del art. 96.1 CC y se afirma: «Aunque la solución adoptada en la sentencia [de apelación, en la que se limitaba el derecho de uso de la vivienda a un plazo de cuatro años desde la firmeza de la sentencia] pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE)»³³.

El TS sí ha atendido estos supuestos excepcionales en múltiples resoluciones, partiendo, eso sí, en todas ellas del principio de garantizar la necesidad habitacional del hijo menor por encima de cualquier otro interés. A modo de ejemplo, puede citarse la STS núm. 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011\6839), especialmente interesante si se tiene en cuenta que el inmueble que antaño había sido vivienda familiar se utilizaba en régimen de precario, mientras que el excónyuge custodio poseía en régimen de copropiedad otra vivienda, si bien sobre esta última estaba vigente un contrato de arrendamiento celebrado con un tercero. El TS recalca la existencia de una fecha límite en la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar: el término final del contrato de arrendamiento de la segunda vivienda o la fecha de resolución de dicho contrato, si esta se producía con anterioridad. La adjudicación del derecho de uso de la primera vivienda tendrá, en opinión del TS, las

³² Seguimos en este punto la interpretación llevada a cabo por RIVERO HERNÁNDEZ, que destaca: «cuando el interés del menor se halla integrado dentro de un grupo (familiar), el interés familiar no es supraindividual, contrapuesto al de cada uno de sus componentes, sino la suma de los intereses de los individuos que forman el grupo: hay tantos intereses individuales como personas, y cada uno debe ser valorado, aislado o en conflicto con otros». Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid (Dykinson), 2007, p. 151.

³³ También queda patente el llamamiento al legislador en dos sentencias que tuvieron por ponente a José Antonio Seijas Quintana, de 2 de junio de 2014 y de 18 de mayo de 2015, en las que se afirma: «Esta Sala valora (...) las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación». De ahí que VERDERA IZQUIERDO sostenga: «el Tribunal Supremo, de acuerdo con las líneas jurisprudenciales que hemos ido plasmando, a pesar de no haberse aprobado el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, interpreta y aplica el art. 96 CC a partir del espíritu de la reforma proyectada». VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”», cit., p. 46.

correspondientes consecuencias en la fijación de la cuantía a pagar por los progenitores en concepto de alimentos.

En particular, cuando la vivienda familiar tenga un carácter privativo para el cónyuge no custodio, defendemos una reforma del art. 96 CC que prevea la regla general de la posibilidad de sustituir el derecho de uso por una compensación económica suficiente para cubrir las necesidades habitacionales de los hijos menores, dado que esta decisión no supondrá un perjuicio al interés superior del menor.

La regulación de la segunda regla prevista en el art. 96 CC parte de la idea de que siempre puede existir un cónyuge cuyo interés esté necesitado de una mayor protección, que generalmente se ligará al efectivo desarrollo o no de actividad laboral independiente por parte de los excónyuges. Sin embargo, este punto de partida puede estar alejado de la situación española actual, teniendo en cuenta la actual participación de la mujer en el mercado laboral. Con todo, la anterior afirmación debe ponderarse caso por caso, debiendo tener en cuenta de forma efectiva la perspectiva de género, esto es, la posible brecha salarial aplicable al caso, dada la posible existencia de contratos laborales precarios, a tiempo parcial y diferencia salarial entre ambos excónyuges. Por ello, la presunción de existencia de un interés más necesitado de tutela puede entenderse derogada y quedará reducida a supuestos excepcionales, tales como los casos de enfermedad de uno de los cónyuges o de efectiva brecha salarial o profesional importante³⁴. Como regla general, sin hijos menores, se entiende que los excónyuges tienen intereses igualmente necesitados de protección y que ha de atenderse a la regla de la titularidad del derecho de propiedad del bien inmueble. Debe existir una clara situación de necesidad –valoradas todas las circunstancias concurrentes– para que resulte inaplicable al caso esta regla general. Más aún cuando el bien inmueble tenga carácter privativo de uno solo de los excónyuges³⁵.

El contenido del art. 96 CC se hubiera mejorado notablemente de haberse aprobado el citado Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 2014 o de seguirse la actual Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En particular, el citado Anteproyecto de 2014 ampliaba las circunstancias a tener en cuenta para la determinación de la titularidad de este derecho, al entender que si bien ha de basarse en el interés superior de los hijos menores, también deben valorarse las necesidades de los progenitores –los recursos del excónyuge custodio pueden ser iguales o más holgados o puede incluso contar con otro bien inmueble en el que poder instalar la residencia de los hijos–, así como la titularidad del derecho de propiedad sobre la vivienda³⁶. No se llega a

³⁴ No podrá emplearse como criterio de ponderación la mayor o menor cercanía de la vivienda al centro de trabajo de los excónyuges. DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 96», cit., pp. 1006 y 1007.

³⁵ En este sentido, MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, p. 1005.

³⁶ Conforme al citado Anteproyecto de 2014, el texto del apartado segundo del art. 96 CC indicaría que, cuando la custodia no fuera compartida, el juez adjudicaría el uso de la vivienda familiar «en atención a lo

regular una prohibición de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar al excónyuge custodio no propietario, pero sí se articula esta solución como una vía excepcional, que únicamente podrá implementarse en supuestos extraordinarios, nunca cuando el excónyuge custodio pueda satisfacer de cualquier otro modo la necesidad de alojamiento de los hijos³⁷.

De manera ciertamente acertada y en pro de la seguridad jurídica, el Anteproyecto preveía la regulación a aplicar al caso en el que los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad –supuesto 1– o por mera tolerancia de un tercero –supuesto 2–. En el supuesto 1, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarían limitados a lo dispuesto por el título de acuerdo con la ley –por ejemplo, el contrato de arrendamiento–, mientras que en el supuesto 2 el tercero podría reclamar la restitución de la vivienda, con el fin de erradicar supuestos de cuasi-expropiación del bien. Por su parte, en caso de inexistencia de hijos menores, se preveían dos parámetros a tener en cuenta en la atribución judicial del uso de la vivienda familiar: titularidad del bien inmueble y criterios de necesidad.

La opción contenida en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (art. 219.24) también sigue esta línea. Permite la atribución del derecho de uso sobre inmuebles que sean propiedad común de los dos excónyuges o propiedad privativa de uno de ellos, pero no así sobre viviendas pertenecientes a terceros donde los excónyuges hubieran instalado su residencia habitual por mera tolerancia de su titular o en régimen de precario a favor de uno de los excónyuges o de ambos.

La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (art. 219.25) identifica de forma clara dos parámetros que habrán de ser ponderados en paralelo por el juez que decida sobre la atribución del uso de la vivienda: el interés del menor –en realidad, este valor se configura como límite último de la medida, en el sentido de no comprometer la decisión judicial la estabilidad del hijo menor– y la situación de cada excónyuge. Por tanto, no se atribuirá el derecho de uso de la vivienda al excónyuge custodio cuando este disponga de medios suficientes para proporcionar un entorno adecuado al menor y el otro cónyuge tenga mayor necesidad de tutela³⁸. Se confiere de forma expresa un amplio

que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda». Cuando la guarda y custodia fuera compartida por ambos excónyuges y el uso de la vivienda familiar no se hubiera atribuido a ambos por periodos alternos, «se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda».

³⁷ SANTOS MORÓN defendió anteriormente la prohibición de atribución del derecho de uso en este caso. Véase SANTOS MORÓN, M. J., «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», cit., p. 32.

³⁸ Conforme al apartado tercero del artículo 219-25 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil: «Aunque existan hijos menores, el juez puede atribuir el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, cuando la vivienda de aquéllos sea satisfecha a través de otras vías idóneas». Esta regla se contempla ya en el art. 233.20 del Código Civil Catalán.

margen de decisión en esta ponderación que habrá de realizar el juez, lo cual merece una lectura positiva³⁹.

V. CAUSAS DE FINALIZACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Las causas de finalización del derecho de uso de la vivienda familiar no se regulan en el actual art. 96 CC. En particular, la crítica de la ausencia de regulación es más acuciante cuando la causa de asignación del citado derecho fue la situación de mayor necesidad de uno de los cónyuges. En este caso, el art. 96 CC sorprende si se compara con el art. 101 CC, que articula de forma clara y precisa tres causas de extinción del derecho a recibir una pensión compensatoria. A saber: «el cese de la causa que lo motivó [según el art. 97, el desequilibrio económico tras la separación o el divorcio de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio], por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona». En la jurisprudencia menor existe tanto una corriente interpretativa contraria a la aplicación analógica del art. 101 CC⁴⁰, como sentencias favorables a la analogía⁴¹.

³⁹ Para el caso en el que se aplique el régimen de la custodia compartida, se prevé en el último apartado del art. 219-25 de la Propuesta de Código Civil la regla general de la atribución del derecho de uso de la vivienda a ambos progenitores de forma alterna, salvo que exista un progenitor que tenga más dificultades de acceso a la vivienda, en cuyo caso se le asignará a este el derecho de uso. Sobre los problemas generados en la práctica, véase, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas», cit., p. 1144.

⁴⁰ La SAP Murcia, sección 1.ª, núm. 276/1999, de 21 de junio (JUR 1999\272220) es especialmente ilustrativa. La progenitora, custodia de los hijos menores, inicia convivencia marital con un tercero en la vivienda familiar. La AP califica esa nueva convivencia de «motivo carente de entidad legal a efectos revocatorios de la medida en controversia». En esta línea también puede citarse la SAP de Navarra, sección 2.ª, núm. 134/2006, de 3 de noviembre (JUR 2007\90760), que revoca la sentencia de instancia en la que se había declarado la extinción del derecho de uso atribuido a la exesposa en la sentencia de separación, por entender el Juzgado que la convivencia marital con un tercero en otra vivienda era causa extintiva del derecho de uso. La titular del derecho de uso había arrendado la vivienda familiar sobre la que regía dicho derecho de uso y había trasladado su residencia a otro lugar. Esta circunstancia no fue considerada por la AP un uso abusivo del derecho de uso. Sobre los problemas interpretativos, véase GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «El indeterminado concepto de “vida marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria y sus problemas de prueba», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extra 8, 2, 2018.

⁴¹ Entre otras, la SAP de Almería, sección 1.ª, núm. 59/2007, de 19 de marzo (AC 2007\505). Tras la demanda de divorcio, se adjudica el uso de la vivienda familiar de naturaleza ganancial a la progenitora, a la que también se atribuye la custodia del hijo menor común. El inicio por esta de una nueva convivencia marital conduce a la AP a afirmar que «resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso del tan reiterado piso (art. 91, último inciso, CC), ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece inadmisibles por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. Y es que, en definitiva, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es

Recientemente el Alto Tribunal acogía esta última tesis en su sentencia número 641/2018, de 20 de noviembre (RJ 2018\5086)⁴². Con esta medida el TS busca evitar que los terceros –la nueva pareja, así como los hijos o personas dependientes de la nueva pareja– se enriquezcan a costa del o los propietarios de la vivienda familiar. El Alto Tribunal emplea dos argumentos en este pronunciamiento. A saber: i) la pérdida del carácter de vivienda familiar como consecuencia de la entrada de un tercero;⁴³ ii) la posibilidad de que el derecho de

que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando». La AP entiende que la continuación del uso de la vivienda familiar en convivencia marital con el tercero es contraria al principio que impide el enriquecimiento injusto y el abuso de Derecho. La nueva convivencia *more uxorio* faculta al otro excónyuge a instar la liquidación del inmueble común que constituyó el domicilio familiar, solicitando su venta para la equitativa distribución del precio, o conviniendo la adjudicación a uno de los cotitulares, con la correspondiente compensación a favor del otro. También resulta interesante el auto de la AP de Madrid, sección 22.ª, de 5 de mayo de 2000 (AC 2000\1127). En la providencia se requiere a la exesposa que no hiciera extensivo su título de ocupación sobre dicha vivienda a su segundo marido, «utilizando solamente dicho título de ocupación a los fines que fueron concedidos en la sentencia firme de este divorcio, es decir para vivienda de ella y los hijos del matrimonio». El incumplimiento por la exesposa de la obligación negativa de abstenerse de que terceros residieran en la vivienda es sancionado por la AP con la obligación de indemnizar a quien fue su primer cónyuge, propietario único de dicho inmueble, los daños y perjuicios causados. Véase CABEZUELO ARENAS, A.L., «Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 21, 2008-2.

⁴² Un análisis crítico de esta sentencia puede leerse en MARTÍNEZ CALVO, J., «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 3, 2019; y en RUBIO GIMENO, G., «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills menors i la introducció d'un tercer: revisió de la regulació catalana a propòsit de la Sentència del Tribunal Supremo 641/2018, de 20 de novembre», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 20, 2019. La relevancia de esta sentencia es clara, ya que se trata del primer pronunciamiento del Alto Tribunal sobre los efectos que produce en el derecho de uso sobre la vivienda familiar el inicio de la convivencia con una nueva pareja por parte del progenitor al que se le haya atribuido dicho uso junto a sus hijos menores comunes del primer matrimonio. Sin embargo, resulta ciertamente criticable que la resolución comentada no concrete el modo en el que se va a satisfacer el derecho de habitación de los hijos menores comunes a partir del momento de la extinción del derecho de uso de la –hasta entonces– vivienda familiar.

⁴³ Dado que, en palabras del TS, la entrada del tercero en la vivienda, siendo que se trata de una manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, cambia el estatus del domicilio familiar, «no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella», sino «por servir en su uso a una familia distinta y diferente» (FD 2). No basta, por tanto, con afirmar que la vivienda carece de naturaleza familiar porque ya no sirve a los fines del matrimonio, pues dicha finalidad terminó con la propia ruptura de la pareja. El dato relevante aquí es la introducción de un sujeto con el que se forma una familia nueva y diferente. Ha de recordarse que el CC no define la figura de la vivienda familiar. De ahí, los problemas interpretativos que se generan y la necesidad de aclaración contenida en la sentencia que se comenta. En todo caso, ha de tenerse en cuenta su relación con la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen del bien inmueble y donde priman los intereses de la familia como grupo, frente a los particulares de uno de los cónyuges. Este punto también ha sido destacado por ORDÁS ALONSO, M., «El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza», *Diario La Ley*, Doctrina, 8 de enero de 2019; y VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de

habitación del menor sea satisfecho a través de otros medios distintos, pudiendo así conciliar tanto el interés superior del menor como los intereses del resto de partes implicadas⁴⁴. De no considerarse esta causa de extinción del derecho de uso de la vivienda, el tercero que entra a vivir en el domicilio familiar estaría obteniendo un enriquecimiento no justificado, al poder disfrutar del uso de un inmueble sin que exista título alguno que lo ampare, y en perjuicio del excónyuge propietario o copropietario del bien inmueble pero no titular de la custodia de los hijos menores y, por tanto, no titular del derecho de uso de la vivienda⁴⁵.

Sin embargo, el TS aún no se ha pronunciado sobre la potencial extensión de esta causa de extinción al derecho de uso conferido al excónyuge por razón de su mayor necesidad, cuando no existan hijos menores comunes. Creemos que, en busca del mayor grado posible de homogeneidad, este segundo caso habría de tener la misma respuesta jurídica, tal y como estudiaremos más adelante, al hilo de la exposición de las proposiciones de *lege ferenda* contenidas en el Anteproyecto de 2014 y en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En la STS número 641/2018 se sostiene que la nueva convivencia marital o la nueva unión matrimonial de quien es titular del derecho de uso de la vivienda hacen perder al bien inmueble el carácter de vivienda familiar⁴⁶. En palabras del Alto Tribunal «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 se conserve este carácter familiar». Dado que la entrada del tercero en la que fuera vivienda familiar hace que esta sirva para el uso de «una familia distinta y diferente», este inmueble pierde el carácter familiar que tuvo anteriormente. Cuando el sujeto que contrae nuevo matrimonio o inicia una convivencia marital con un tercero sea acreedor de una pensión compensatoria, este nuevo hecho dará lugar a una doble extinción.

Entendemos que esta decisión no perjudica siempre y en todo caso el interés superior del menor siempre que se garantice el derecho a la vivienda de los hijos menores por otras vías. Ello porque, como se afirmó en anteriores apartados de este trabajo, el derecho de uso

vivienda”», cit., p. 8. En contra de la pérdida automática del estatus de vivienda familiar con la introducción de la nueva pareja estable del excónyuge custodio, véase MARTÍNEZ CALVO, J., «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», cit., p. 164.

⁴⁴ Declara el TS: «el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda» (FD 2).

⁴⁵ En este sentido, MARTÍNEZ CALVO, J., «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», cit., p. 160.

⁴⁶ Véase ORDÁS ALONSO, M., «El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza», cit.

de la vivienda no equivale a un derecho a mantener para el menor de edad una vivienda y entorno inalterables en cualquier circunstancia⁴⁷. En efecto, el mantenimiento del derecho de uso ha de ponderarse con el interés del propietario o copropietario de la vivienda a que este derecho no se emplee de forma abusiva, sin que ello vaya de la mano de un empeoramiento de la economía del excónyuge no usuario, ni de una mejora de la economía del excónyuge usuario⁴⁸.

No debemos perder de vista la influencia económica que la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar del excónyuge custodio –y, con ello, de los hijos menores que convivan con este– puede tener en la pensión por alimentos de la que los hijos sean acreedores, incluso cuando no se produzca una modificación del régimen de guarda y custodia. Esta cuestión sí fue tratada en una resolución previa, la STS número 33/2017, de 19 de enero (RJ 2017\754), en la que el Alto Tribunal concluyó que la convivencia en el domicilio familiar del excónyuge custodio con una nueva pareja debe conducir a la reducción de la pensión de alimentos a abonar por el excónyuge no custodio a favor de los hijos. El argumento empleado por el Tribunal Supremo es sencillo, a la par que sensato: con la nueva convivencia surge el deber de la nueva pareja de contribuir a los gastos de la vivienda, con independencia de a quién corresponda la titularidad del derecho de propiedad sobre ese bien inmueble, y ello supondrá una rebaja proporcional de la cuantía a satisfacer como pensión de alimentos por el excónyuge no custodio.

La regulación de las causas de finalización del derecho de uso de la vivienda familiar sí se preveía en el fallido Anteproyecto de 2014 y se recoge también en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En primer lugar, el Anteproyecto de 2014 regulaba el límite temporal o condición resolutoria del derecho de uso de la vivienda familiar que fuera propiedad privativa del excónyuge no custodio o que fuera copropiedad de ambos excónyuges: la fecha de cese de la obligación de prestar alimentos, lo que se produce ex art. 152 CC cuando los hijos alcancen la independencia económica o les sea imputable el hecho de no tenerla. Con todo, la inseguridad en la determinación del momento en el que los hijos alcancen la independencia económica o les sea imputable su falta de independencia económica –que algunas resoluciones fijan en abstracto en la edad de 25 años, sujeta a prórroga en función de las

⁴⁷ En palabras de SANTOS MORÓN «no se ve qué perjuicio puede causarles el cambio de domicilio si la nueva vivienda se encuentra en el mismo entorno geográfico y tiene similares características a la anterior». SANTOS MORÓN, M. J., «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», cit., pp. 7 y 23.

⁴⁸ Véase FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., «Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación con la vivienda y ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona (Eunsa), 1986, p. 292.

circunstancias del supuesto de hecho— dificulta sobremanera la patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar y, con ello, su repercusión en la pensión alimenticia⁴⁹.

De forma más acertada, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil prevé —además de la terminación de la obligación de prestar alimentos a los hijos— otra fecha de término del derecho de uso de la vivienda familiar: la finalización de la guarda y custodia de los hijos. El apartado quinto del art. 219-25 de esta Propuesta determina que cuando no existan hijos o cuando estos sean mayores de edad, el uso de vivienda familiar ha de regirse por el acuerdo de los cónyuges, y, a falta de este, la asignación judicial se realizará al cónyuge más necesitado de protección. En todo caso, la autoridad judicial podrá modelar el derecho de uso en atención al cambio de circunstancias, cuando comprometa gravemente la economía de un excónyuge o cuando se emplee de forma abusiva.

Asimismo, ambas propuestas de modificación normativa prevén la regulación expresa de una segunda causa de finalización del derecho de uso de la vivienda. Siguiendo la solución dada por el legislador catalán, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (art. 219-29) regula la nueva convivencia marital o el nuevo matrimonio del excónyuge titular del derecho de uso de la vivienda familiar como causa de extinción del derecho de uso de la vivienda, cuando se confirió al cónyuge —en su día— más necesitado⁵⁰. En la exposición de motivos, la Asociación de Profesores de Derecho Civil justifica esta regla en términos de justicia material: «la creación de una nueva unidad familiar no ha de imponer sobre el anterior cónyuge gastos que deben recaer ya sobre los componentes de esta última». Esta propuesta no discrimina en función de si la nueva convivencia se inicia también con hijos, menores de edad o no, de ese tercero o con otras personas dependientes de este, por lo que todos estos casos han de entenderse subsumidos en el precepto propuesto. Tampoco hace distinción el texto entre viviendas cuya propiedad es privativa del excónyuge no titular del derecho de uso o viviendas que pertenezcan en copropiedad a ambos excónyuges. La propuesta se refiere únicamente al supuesto en el que la convivencia se realiza en el inmueble sobre el que existe ese derecho de uso, pero creemos acertado extender su aplicación al caso en el que, tras el nuevo matrimonio o la convivencia marital, la residencia se traslada a una vivienda diferente.

Proponemos superar la actual insuficiencia de la literalidad de la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil extendiendo la regulación de la discrecionalidad del juez para tomar en consideración la nueva convivencia marital o el nuevo matrimonio tam-

⁴⁹ Véase RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E., *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación*, Madrid (Tecnos), 2012.

⁵⁰ El art. 233-24 del Código Civil Catalán regula dos bloques de causas de extinción del derecho de uso: a) si el derecho se asignó por razón de la guarda de los hijos menores, se extingue el derecho de uso por la finalización de la guarda; b) si el derecho se atribuyó por razón de la necesidad del cónyuge, el derecho de uso se extingue: i) por la mejora de la situación económica del cónyuge usuario o por el empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge; ii) por matrimonio o convivencia marital del cónyuge usuario; iii) por fallecimiento del cónyuge usuario; iv) por vencimiento del plazo por el que se estableció.

bién en aquellos casos en los que el derecho de uso se otorgase a los hijos menores comunes y al cónyuge custodio de estos, siempre que se pueda asegurar el derecho a la vivienda de los hijos en otro bien inmueble, para lo que habrán de ponderarse todas las circunstancias concurrentes en cada caso, incluida la repercusión en la obligación de alimentos que ambos progenitores tienen para con sus hijos.

Asimismo, en el artículo propuesto por la Asociación de Profesores de Derecho Civil se recogen otras causas de extinción del derecho de uso. En primer lugar, el incumplimiento reiterado por parte del cónyuge usuario de la vivienda de abonar los tributos que gravan dicha vivienda, cuando el juez hubiera decretado esta obligación. Causa de extinción que creemos debe aplicarse también por analogía al resto de incumplimientos continuados de las restantes obligaciones de pago del excónyuge titular del derecho de uso, como son los gastos ordinarios derivados de la utilización y mantenimiento del inmueble, dado que las consecuencias negativas de dicho impago repercutirán igualmente en el excónyuge no deudor cuando fuera titular de un derecho real de propiedad de dicha vivienda, en el sentido antes indicado. Sobre este punto se volverá en el siguiente epígrafe de este trabajo.

Cuando el derecho de uso se concedió al cónyuge más necesitado de protección, la Propuesta de Código Civil recoge varias causas adicionales que permitirán al excónyuge no adjudicatario propietario o copropietario del bien instar la extinción del derecho de uso. A saber: cuando se haya producido la efectiva recuperación económica del otro cónyuge –supuesto que creemos debe interpretarse asimismo en un sentido inverso, debiendo ponderar igualmente el juez el empeoramiento de la situación económica del excónyuge no usuario–, cuando se haya empleado el derecho de uso de forma abusiva, el fallecimiento del cónyuge titular del derecho de uso y el transcurso del tiempo prefijado para la duración de este derecho.

VI. EL SUJETO PASIVO DE LOS IMPUESTOS Y OTROS GASTOS GENERADOS POR LA VIVIENDA FAMILIAR

En otro orden de cosas, debemos detenernos en la determinación del sujeto pasivo de los impuestos y los gastos generados por la vivienda familiar. La ausencia de regulación específica de esta cuestión en el art. 96 CC ha generado una dosis importante de inseguridad jurídica. Además, la jurisprudencia dictada es escasa y ciertamente criticable. Como corrección a sus insuficiencias y errores, es importante diferenciar entre gastos generados por la utilización de la vivienda sobre la que existe el derecho de uso –a satisfacer por el cónyuge titular del derecho de uso, pero computados parcialmente en la determinación de la cuantía a pagar en concepto de alimentos por el excónyuge no custodio– y gastos generados por la propiedad del bien inmueble –cuyos deudores serán el o los titulares del derecho real de

propiedad, en función de si es una vivienda privativa, ganancial o en copropiedad de ambos ex cónyuges y de los porcentajes de copropiedad de cada uno⁵¹.

Esta cuestión ha sido analizada recientemente por el TS, en su sentencia número 399/2018, de 27 de junio (RJ 2018\2929), en la que –de forma errada, en nuestra opinión– se ha conferido la misma respuesta a ambos tipos de gastos: tanto a la cuota de la comunidad de propietarios como al impuesto que grava el valor de la vivienda⁵². En ambos casos, el TS sostiene que los pagos han de satisfacerse con cargo a la sociedad de gananciales de ambos excónyuges hasta en tanto esta no se liquide, y no así por el excónyuge custodio al que se le atribuyó judicialmente el derecho de uso de la vivienda familiar⁵³. La vivienda había sido adquirida constante matrimonio como bien ganancial⁵⁴.

La justificación de la decisión del Alto Tribunal es simple –a la vez que poco acertada–. Entiende que todos ellos son gastos generados por la titularidad de la cosa –en palabras del TS, son cargas de carácter *propter rem*–, luego habrá de ser el titular de la propiedad quien deba satisfacerlos. En este caso, los dos excónyuges copropietarios de la vivienda, dado que la titularidad del derecho de propiedad correspondía a la sociedad de gananciales. En caso de tratarse de un bien privativo del cónyuge no usuario, la aplicación de esta línea interpretativa exigiría que el único sujeto pasivo fuera el propietario del bien, desprovisto de la facultad de usarlo. Por el contrario, el TS sostiene que los gastos que realmente derivan del uso del inmueble, como son los servicios de luz, agua y otros, sí habrán de ser asumidos únicamente por el excónyuge usuario de la vivienda, sin perjuicio de computar una parte de estos como gasto de los hijos menores comunes a los efectos de calcular la pensión de alimentos que les corresponda satisfacer por ambos progenitores. A ello habrá que sumar, claro está, aunque el Alto Tribunal no lo diga expresamente, los gastos generados por la adquisición o por la mejora de la vivienda, que se registrarán por el título constitutivo de acuerdo con la titularidad de la propiedad del bien inmueble, y serán frecuentemente cuotas de los préstamos hipotecarios⁵⁵.

⁵¹ En la doctrina, esta interpretación había sido defendida por MUÑOZ GARCÍA, C., *Propiedad horizontal: sujetos obligados a la contribución de gastos generales*, Madrid (Dykinson), 2006, pp. 44 y 49.

⁵² Véase MINERO ALEJANDRE, G., «Gastos de comunidad de vivienda familiar tras el divorcio: Comentario a STS de 27 de junio de 2018», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 110, 2019, pp. 29-46.

⁵³ Esta contestación ya se contenía en la STS núm. 373/2005, de 25 de mayo (RJ 2005,6361), cuyo contenido es citado en la sentencia de 2018.

⁵⁴ El supuesto de hecho es el siguiente. La sentencia de divorcio atribuyó el uso de la vivienda familiar a los hijos menores y a la progenitora. En el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, la excónyuge solicita la inclusión como pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a su favor por el pago de las cuotas de la comunidad de propietarios de la vivienda, en un 50%, al haber satisfecho ella el 100% hasta esa fecha. La sentencia de primera instancia desestima la pretensión, por considerar que los gastos de comunidad han de ser satisfechos por el titular del derecho de uso de la vivienda. La sentencia de segunda instancia desestima el recurso de apelación y confirma la calificación de las cuotas de comunidad como gasto por el uso de la vivienda, a pagar únicamente por el titular del derecho de uso.

⁵⁵ En los casos en los que la vivienda sea un bien privativo del excónyuge al que el juez no asigna el derecho de uso, el propietario habrá de seguir pagando la deuda hipotecaria.

La discusión acerca de la identidad del sujeto deudor de los gastos ordinarios de uso y conservación de la vivienda familiar ha sido objeto de interpretación contradictoria por las Audiencias Provinciales, existiendo dos líneas interpretativas antagónicas⁵⁶. Esta falta de uniformidad permite defender la necesidad acuciante de una reforma normativa que exija que en la decisión judicial sobre la asignación del derecho de uso se prevean de forma detallada las consecuencias económicas en el reparto de los gastos generados por la vivienda, de acuerdo con los parámetros que más adelante expondremos, a modo de propuesta de *lege ferenda*.

La interpretación llevada a cabo por el Alto Tribunal en las escasas cuatro páginas de la sentencia de 27 de junio de 2018 es ciertamente criticable. No atiende a la idiosincrasia material de los diferentes tipos de gastos que puede generar una vivienda sobre la que el juez ha asignado un derecho de uso a los hijos menores comunes y, por extensión, al excónyuge custodio. Esta atribución no se discute, pues cumple con los criterios de ponderación ya estudiados en los epígrafes anteriores de este trabajo. Lo que sí es reprochable es la asignación de todos los gastos de la vivienda a los titulares del derecho real de propiedad –en este caso, la sociedad ganancial–, y no al beneficiario del uso, que entendemos debe ser el titular *de facto* de una obligación natural de pago. El Alto Tribunal cita en su argumentación una resolución anterior, en la que el pago de los impuestos se consideró un gasto *propter rem*. A saber, la STS núm. 563/2006, de 1 junio (RJ 2006\3060), en relación con pago del IBI sobre la vivienda, en la que se consideró deudora la persona propietaria del bien, y no sus poseedores⁵⁷.

Parece apropiado realizar varias apreciaciones. En primer lugar, la adecuación de considerar a quien usa la vivienda sujeto pasivo de los gastos de la comunidad generados por el uso ordinario y por la conservación de la vivienda, sea o no propietario –copropietario– de ese bien. Más allá de las posibles derramas, cuesta calificar este tipo de gasto como

⁵⁶ Por un lado, la línea interpretativa acogida por el TS en 2018 estaba presente en la SAP Segovia, sección 1.ª, núm. 80/2007, de 24 de abril (JUR 2007\296790). Algo más reciente, la SAP Madrid, sección 9.ª, núm. 160/2013, de 8 de abril (JUR 2013\194754) sostuvo que existía falta de legitimación pasiva de la excónyuge porque, aunque se le atribuyó por sentencia el uso de la vivienda, esta era propiedad privativa del exesposo, por lo que era este último –y no la titular del derecho de uso– quien debía responder del pago de las cuotas de la comunidad. En el otro extremo encontramos la SAP de Madrid, sección 22.ª, de 9 de septiembre de 1993, haciendo aplicación de la norma general contenida en el art. 504 CC, que dispone que el pago de las cargas es a cuenta del usufructuario y que las reglas de reparto contenidas en los arts. 523 a 529 CC, aunque referidas al usufructo, son también de aplicación al derecho de uso, conforme al art. 528 CC. Por su parte, la SAP Alicante, sección 4.ª, núm. 147/1997, de 24 de abril (AC 1997\968) sostiene que las cuotas ordinarias de gastos de comunidad son a cargo del excónyuge ocupante de la vivienda, mientras que las cuotas extraordinarias derivadas de mejora son a cargo de ambos exesposos, copropietarios del inmueble. En esta misma línea podemos citar la SAP Valencia, sección 5.ª, núm. 142/1999, de 29 de mayo (AC 2000\115); y la SAP Toledo, sección 2.ª, núm. 420/2005, de 16 de diciembre (JUR 2006\27588).

⁵⁷ La sentencia de 2005 incluyó en el inventario de la liquidación de la sociedad de gananciales los gastos de comunidad de la vivienda ganancial que habían sido abonados por la excónyuge recurrente. El Alto Tribunal sostiene que dichos gastos eran créditos de la esposa contra la sociedad de gananciales, por lo que casa la sentencia de segunda instancia en la que se concluyó que el gasto era a cargo de la recurrente.

un gasto extraordinario o de mejora de la vivienda, que sí sería a cargo del titular o titulares del derecho de propiedad. Por el contrario, procede considerarlos gastos ordinarios de uso, conservación, mantenimiento y reparación del bien. Esta ha sido la opción interpretativa seguida tanto en el Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental aprobado en Consejo de Ministros el 24 de julio de 2014 y en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil de 2018, y es también la regla que rige en el Derecho catalán vigente.

Esta lógica sí estaba presente en el razonamiento contenido en la sentencia casada por el TS, esto es la SAP de Madrid, sección 22ª, núm. 1088/2015, de 17 de diciembre (JUR 2016\38042). Para el tribunal de segunda instancia «las cuotas ordinarias cubren gastos que únicamente benefician a los menores y a la madre, porque se corresponden con la utilización y servicio del piso, como gastos inherentes a la ocupación del mismo, debe de abonarlo quien habita el inmueble y los utiliza, beneficiándose de los mismos»⁵⁸.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la naturaleza alimenticia del disfrute del derecho de uso de la vivienda familiar –como forma de pago en especie de toda o de parte de la pensión de alimentos debida a los hijos por el excónyuge progenitor propietario o copropietario–. La cuantía a pagar por los progenitores a los hijos en concepto de alimentos tras la crisis matrimonial habrá de verse minorada, en el caso del excónyuge titular único del derecho real de propiedad sobre el bien inmueble, cuando el juez asigne el derecho de uso de la vivienda únicamente al otro excónyuge, por ser el custodio de los hijos menores comunes⁵⁹. La aplicación de esta lógica permite afirmar asimismo que cuando la vivienda en cuestión tenga carácter de bien ganancial, el pago en especie de la pensión de alimentos será satisfecho en parte por ambos excónyuges cuando el juez asigne el derecho de uso de la vivienda familiar a ambos progenitores, de manera alterna, en caso de guarda y custodia compartida. La misma apreciación merece el supuesto en el que el derecho se asigna solamente al único excónyuge custodio, si bien el beneficio que ello le supone a este último se traducirá en una rebaja proporcional de la cantidad a pagar por el excónyuge no custodio en concepto de alimentos a los hijos menores.

Cosa distinta es que, tratándose la vivienda de un bien de naturaleza ganancial, la deuda que se ostenta frente a la comunidad de propietarios por las cuotas mensuales pueda ser

⁵⁸ Interpretación que se encuentra presente en otras tres resoluciones del mismo tribunal: las SSAP de Madrid, sección 22.ª, núm. 300/2013, de 23 de abril (JUR 2013\192136); núm. 884/2013, de 12 de noviembre (JUR 2014\5022); y núm. 893/2012, de 18 de diciembre (JUR 2013\34906).

⁵⁹ Solo parte de esa cuota de comunidad, al igual que parte de los gastos de suministros y otros gastos ordinarios de uso y conservación de la vivienda habrán de ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de cuantificar la pensión de alimentos, a lo que habrá de añadirse el cumplimiento parcial, en especie, de la pensión alimenticia al asignarse el derecho de uso de la vivienda. Dichos gastos no podrán ser tenidos en cuenta en su totalidad, pues una parte igualmente proporcional repercutirá en beneficio o utilidad del excónyuge custodio al que se hubiera asignado el derecho de uso de la vivienda familiar.

solidaria.⁶⁰ El carácter solidario únicamente regirá *ad extra*, en su relación con la comunidad de propietarios acreedora, que podrá exigir a cualquiera de los dos excónyuges copropietarios del bien inmueble el pago del 100% de la deuda contraída en concepto de cuotas de la comunidad, sin que el copropietario no usuario pueda alegar su falta de legitimación pasiva.

Como se ha adelantado, las insuficiencias de la regulación actual se cubrían con Anteproyecto de 2014, en el que se contenía una aclaración acerca de la identidad del sujeto deudor de los gastos generados por la vivienda (apartado quinto del art. 96). En particular, se propugna un reparto de gastos muy separado de la criticable STS de 27 de junio de 2018. La regulación del reparto de los gastos de la vivienda familiar tras la asignación del derecho de uso está presente asimismo en el art. 219-28 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En ambas propuestas se sigue la lógica de que los gastos del inmueble asociados al uso y disfrute sean satisfechos por quien utiliza de forma efectiva la vivienda, con independencia de si esa persona es asimismo titular del derecho real de propiedad⁶¹. Esta postura permite acomodar la decisión judicial a la realidad de las situaciones económicas surgidas tras la crisis matrimonial y tener en cuenta los varios intereses concernidos. El concepto de gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación del bien inmueble incluye gastos mensuales de comunidad y gastos de suministros, así como las tasas municipales. Por su parte, el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos que recaigan sobre la vivienda serían a cargo del propietario o propietarios del bien inmueble, lo usen o no⁶². El Anteproyecto de 2014 solamente preveía una excepción a esta regla general: se podrá determinar, en atención a la capacidad económica de los excónyuges y sus necesidades, que quien no tenga el uso de la vivienda se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios. Regla que habrá de interpretarse de forma no extensiva, teniendo en cuenta su naturaleza de excepción⁶³.

Creemos que el concepto de gastos extraordinarios a pagar por el titular o titulares del derecho de propiedad ha de abarcar las derramas generadas por la comunidad de propietarios para introducir mejoras, como pueden ser la instalación de ascensores o la construcción de rampas o nuevas instalaciones en elementos comunes de la finca, que se traducirán en un

⁶⁰ En el plano interno, sin embargo, la deuda es mancomunada divisible, atendiendo a los parámetros expuestos en este trabajo.

⁶¹ Esta postura había sido defendida por GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96», cit., p. 411.

⁶² Se sigue con ello la regulación del legislador catalán. El art. 233-23 del Código Civil Catalán prevé que sean a cargo del titular del derecho de uso «los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual». Únicamente se rigen por el título constitutivo del derecho real de propiedad «las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad».

⁶³ Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos excónyuges por periodos alternos, el Anteproyecto de 2014 preveía que el abono de los gastos ordinarios sería a cargo de aquél que los haya devengado. Los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, se pagarían en proporción al periodo que cada uno ocupase la vivienda.

incremento de valor proporcional de la propiedad. En relación con el pago de impuestos, es importante que la resolución judicial diferencie los tributos que gravan el uso de aquellos que gravan la propiedad del bien, pues los primeros –a modo de ejemplo, las tasas de recogida basuras, rastros, alcantarillado, vado y otras tasas municipales anuales similares, así como el Impuesto de Bienes Inmuebles– habrán de repercutirse en el excónyuge adjudicatario del derecho de uso de la vivienda, debiendo computarse parcialmente esta cuantía en la determinación de la pensión de alimentos a satisfacer a los hijos menores por ambos progenitores.

Aunque no era necesario, el Anteproyecto de 2014 y la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil contemplan la regla aplicable al supuesto habitual en el que el cónyuge propietario hubiera solicitado un préstamo hipotecario para adquirir la vivienda. En ambas propuestas se recoge una respuesta acorde con el sentido común: la asignación del derecho de uso de la vivienda no afecta a la obligación de pago de la hipoteca, que seguiría rigiéndose por el título de constitución, en función del régimen de copropiedad o de propiedad individual que fuera aplicable al caso concreto⁶⁴.

Las propuestas normativas aquí estudiadas permiten destacar las similitudes que el derecho de uso de la vivienda familiar de creación judicial tiene con figuras cercanas, como los derechos reales de uso o habitación, para los que el Código Civil prevé la extensión subsidiaria de las disposiciones referidas al derecho real de usufructo (art. 528). De ahí la adecuación de extender a todos ellos la misma respuesta jurídica en el reparto de gastos generados por la vivienda familiar. Cuando existe sobre una misma vivienda un derecho de nuda propiedad y un usufructo, rige la regla de que es el titular de este segundo derecho real quien debe satisfacer el Impuesto de Bienes Inmuebles. Ello parece acorde con las exigencias de justicia material, al hacer deudor al único que tiene facultad de uso del bien. Asimismo, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 500, 501 y 504 CC, se viene entendiendo que los gastos comunes originados por el uso y mantenimiento del bien usufructuado son a cargo del usufructuario, y no así del nudo propietario⁶⁵. En este concepto se incluyen suministros, cuotas de comunidad y tributos anuales.

⁶⁴ El inciso final del art. 96.5 del Anteproyecto de 2014 preveía: «Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución». El apartado primero del art. 219-28 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil es especialmente clarificador, al afirmar: «Los gastos derivados de la adquisición de la vivienda habitual de la familia y otras obligaciones accesorias adquiridas por los cónyuges ligadas a aquélla se rigen por el título de adquisición».

⁶⁵ Ello en aplicación del art. 504 CC: «El pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideran gravámenes de los frutos, será de cuenta del usufructuario todo el tiempo que el usufructo dure». De los arts. 500 y 501 CC se desprende que, en defecto de disposición específica en el título constitutivo que regula el usufructo, las reparaciones ordinarias de la cosa son a cargo del usufructuario, mientras que las reparaciones extraordinarias que no respondan al deterioro o desgaste inherente al uso natural de la cosa deberán ser satisfechas por el nudo propietario, al traducirse en un incremento de valor en la cosa. En la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos de 21 de febrero de 2018 (V0475/2018) se afirma

Con el objetivo de procurar una aplicación efectiva de estas reglas, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil prevé una sanción a aplicar por el juez ante el incumplimiento del deber de pago del usuario: la extinción del derecho de uso⁶⁶.

A las reglas especiales de reparto de gastos se suma la aplicación de las reglas generales de la comunidad de bienes, cuando la vivienda sea un bien ganancial comprado por los cónyuges durante la vigencia de su matrimonio regido por el sistema ganancial o en cualquier otro supuesto en el que el inmueble fuera una copropiedad, al que se le aplica lo dispuesto en los arts. 392 y ss. CC. El art. 393 de este cuerpo legal, que reparte la participación en los gastos en proporción a la cuota de copropiedad que se ostenta por cada comunero, es aplicable únicamente a las deudas de adquisición y mejora de la vivienda. Además de la regla especial sobre la sanción extintiva a aplicar en caso de incumplimiento de las normas de reparto de gastos, debemos tener presente que el excónyuge copropietario de la vivienda no usuario de esta podrá hacer uso del art. 395 CC para obligar al otro comunero a cumplir con las obligaciones de conservación de la cosa común.

Las propuestas contenidas en este trabajo supondrían una regla especial que derogaría en la relación interna entre excónyuges la regla general prevista en la Ley de Propiedad Horizontal –que, por razón de su materia, únicamente se refiere de forma literal a la figura del propietario como sujeto deudor de los gastos de la vivienda sita en una comunidad de propietarios, y no así al potencial titular del derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial–⁶⁷. En particular, nos referimos a la letra e) del art. 9.1 LPH, que afirma,

que en caso de concurrir el derecho real de usufructo y el derecho de propiedad sobre un mismo bien inmueble urbano o rústico, solo se realiza el hecho imponible del IBI por el derecho real de usufructo, no gravándose el derecho de propiedad, por lo que el sujeto pasivo será solo el usufructuario. Seguidamente, la Dirección General de Tributos aclara que el efecto de esta norma es que no estarán sujetos al impuesto los titulares del derecho de propiedad, cuando exista un derecho de usufructo, aunque recaiga solo sobre parte del inmueble objeto de gravamen y el propietario disponga de todos los derechos de dominio sobre la parte restante del bien inmueble. Ello porque, como consecuencia de la prelación de derechos establecida en el art. 61.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, la existencia de uno de ellos excluye como sujetos pasivos a los titulares de los derechos enumerados posteriormente, de modo que solo puede ser sujeto pasivo el titular de uno de esos derechos: en primer lugar, el concesionario, en su defecto, el superficiario, en su defecto, el usufructuario y, en ausencia de los anteriores, el propietario, pero nunca de forma concurrente.

⁶⁶ El apartado tercero del art. 219-28 de la Propuesta de Código Civil dicta: «Los tributos anuales de carácter local que graven la propiedad del inmueble corren a cargo del propietario del bien, salvo que el uso se haya decretado exclusivamente en interés de uno de los cónyuges sobre propiedad privativa del otro. En tal caso el juez, a la vista de las circunstancias concurrentes, valorará la pertinencia de repercutir sobre el usuario el importe de dichos tributos mientras goce del bien, apercibiéndole de que el incumplimiento reiterado de esta obligación puede motivar la extinción de su derecho».

⁶⁷ La línea interpretativa que apuntamos ha sido defendida igualmente por DÍAZ MARTÍNEZ, al comentar el artículo 3 de la LPH. Esta autora afirma: «en defecto de pacto expreso de las partes o de disposición al respecto del juez, los gastos de sostenimiento del inmueble ha de sufragarlos quien lo ocupa y disfruta, sin perjuicio de que el otro cónyuge pudiera estar obligado a proporcionarle periódicamente una suma dineraria

en lo que aquí interesa, que «Son obligaciones de cada propietario: (...) e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización»⁶⁸. En realidad, el precepto reproducido no es aplicable a la relación *ad intra* de los excónyuges, sino a la relación *ad extra* con la comunidad de propietarios. En aplicación de esta norma, el derecho de crédito que ostenta la comunidad de propietarios tiene como destinatario el titular del derecho de propiedad o los titulares, en caso de existir una copropiedad o ser un bien ganancial. Por ello, la comunidad de propietarios podrá exigir el pago de las cuotas a quien o quienes figuren como propietario o copropietarios, con independencia de la adjudicación del derecho de uso de la vivienda familiar. Sin embargo, proponemos que los gastos se repartan *ad intra* siguiendo las reglas antes indicadas.

VII. CONCLUSIONES

Los cambios acaecidos en la sociedad española en materia de crisis matrimoniales y de pareja son innegables, como también lo es la necesidad de conferir una respuesta jurídica que, sin pecar de falta de homogeneidad, sí pueda ajustarse a las circunstancias concurrentes del caso concreto. Una solución que transmita al ciudadano la idea de justicia material. Este trabajo pretende llamar la atención sobre el escaso nivel de seguridad jurídica actual en torno a la figura del derecho de uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la pareja, dada la voluminosa pero también contradictoria jurisprudencia existente y los peligros de generar automatismos inflexibles en la aplicación literal del actual art. 96 CC.

Se ha comparado esta norma con las reglas vigentes en el ordenamiento catalán y con las dos propuestas de reforma más recientes y se ha reflexionado sobre la adecuación de cada una de ellas, con el fin de aportar una solución *de lege ferenda* ajustada a la realidad social actual. La necesidad de reformar el art. 96 CC es acuciante y, hasta en tanto dicha modificación no se produzca, el papel del TS es basilar a la hora de aportar sensatez interpretativa a una norma trasnochada e insuficiente.

en concepto de contribución a las cargas familiares». Véase DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad horizontal*, Pamplona (Aranzadi), 2014, p. 98.

⁶⁸ Adicionalmente, la letra f) de este precepto regula la obligación del copropietario de contribuir al fondo de reserva y el art. 21.1 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que las obligaciones de pago previstas en los apartados e) y f) del artículo 9 deberán cumplirse «por el propietario de la vivienda». Respecto a la anterior redacción del actual art. 21.1 de la LPH –art. 20 de LPH de 1960– hubo autores que defendieron que en los supuestos de usufructo y nuda propiedad, la comunidad tenía acción por impago de las cuotas contra el usufructuario. Entre ellos, FUENTES LOJO, J., *Suma de la Propiedad por apartamentos*, Tomo I, Barcelona (Bosch), 1979, p. 434; MUÑOZ GONZÁLEZ, L., *Protección judicial de la propiedad horizontal*, Madrid (Montecorvo), 1988, p. 239; y VENTURA TRAVESET, A., *Derecho de Propiedad Horizontal*, Barcelona (Bosch), 1992, p. 462.

Por un lado, se entiende que se han de reglar los supuestos de terminación del derecho de uso de la vivienda familiar. Entre ellos, se ha de contemplar el nuevo matrimonio o la nueva convivencia marital del excónyuge titular del derecho de uso, se produzca esa nueva convivencia en la vivienda familiar sobre la que existe ese derecho de uso o en un inmueble diferente. La aplicación de esta causa de extinción habrá de ponderarse con la garantía del derecho a la vivienda de los hijos menores comunes, cuando estos existan. Cuando no existan hijos menores, deberán considerarse causas de extinción del derecho de uso la mejora económica sustantiva del titular del derecho de uso de la vivienda familiar o el empeoramiento económico del excónyuge no usuario.

Por otro lado, en relación con los gastos generados por la vivienda sobre la que se ejerce el derecho de uso, resultaría ciertamente conveniente introducir en el art. 96 CC una referencia al reparto entre el titular del derecho de propiedad y el titular del derecho de uso. En analogía con lo que sucede en casos de nuda propiedad y usufructo sobre un mismo bien, ha de entenderse que los gastos ordinarios asociados al uso y conservación de la vivienda –entre ellos, suministros y cuotas ordinarias de comunidad–, han de ser a cargo del titular del derecho de uso de la vivienda, no así por el propietario –o copropietario– del inmueble que haya sido desposeído de la facultad de uso.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALGARRA PRATS, E., «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pp. 7-40.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1998, pp. 849-895.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil*, ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Madrid (Tecnos), 2018, pp. 132-134.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2014, pp. 1347-1375.
- BERROCAL LANZAROT, A., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2012, pp. 3458-3508.
- CABEZUELO ARENAS, A.L., «Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 21, 2008-2, pp. 309-319.

- CERVILLA GARZÓN, M. D., «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *InDret*, núm. 4, 2017, pp.1-27.
- CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid (Marcial Pons), 2005.
- CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (2014), pp. 9-39.
- CUENA CASAS, M., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de la familia*, tomo III, Madrid (Thomson-Aranzadi), 2011 , pp. 275-442.
- DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2006, pp. 2359-2380.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 96», en *Comentarios al Código Civil*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 1000-1016.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona (Aranzadi), 1996.
- ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*. Barcelona (Promociones y Publicaciones Universitaria), 1992.
- FUENTES LOJO, J., *Suma de la Propiedad por apartamentos*, Barcelona (Bosch), 1979.
- GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Madrid (Reus), 2013.
- GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid (Editoriales de Derecho Reunidas), 1982, pp. 406-498.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, pp. 1133-1150.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008, pp. 2518-2524.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1994, pp. 73 a 97.

- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1999.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «El indeterminado concepto de “vida marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria y sus problemas de prueba», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extra 8-2, 2018.
- LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, M^a C., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», en *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Madrid (Dykinson), 2010, pp. 257 a 304.
- LÓPEZ FRÍAS, A., «El derecho de uso ex art. 96 CC ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 2012, pp. 111 a 136.
- LUQUE JIMÉNEZ, M^a M., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid (Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de España), 2012.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad de matrimonio», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2, Madrid (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), 2004, pp. 3099-3116.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Navarra (Civitas), 2005.
- MARTÍNEZ CALVO, J., «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 3, 2019, pp. 155-178.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., «Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores. Comentario a la STS, Sala 1.º, de lo Civil, 181/2014, de 3 de abril», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, 2015, pp. 117-128.
- MINERO ALEJANDRE, G., «Gastos de comunidad de vivienda familiar tras el divorcio: Comentario a STS de 27 de junio de 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, pp. 29-46.

- MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *Revista xurídica galega*, núm. 33, 2001, pp. 91-119.
- MUÑOZ GARCÍA, C., *Propiedad horizontal: sujetos obligados a la contribución de gastos generales*, Madrid (Dykinson), 2006, pp. 44-49.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, núm.1, 1986, pp.1331-1335.
- ORDÁS ALONSO, M., «El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza», *Diario La Ley, Doctrina* (2019).
- PEREZ CONESA, C, «Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2013, pp. 61-102.
- PINTO ANDRADE, C., «La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales», *Actualidad Civil*, núm. 21, 2012, pp. 2036- 2045.
- ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96», en *Comentarios a la reforma del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid (Tecnos), 1984.
- ROCA TRÍAS, E., «Comentario del art. 96 CC» en *Comentario del Código Civil*, Tomo I 2.ª edición, Madrid (Ministerio de Justicia), 1993.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª E., *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación*, Madrid (Tecnos), 2012.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid (Dykinson), 2007.
- RUBIO GIMENO, G., «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills menors i la introducció d'un tercer: revisió de la regulació catalana a propòsit de la Sentència del Tribunal Suprem 641/2018, de 20 de noviembre», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 20, 2019, pp. 37-74.
- SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona (Aranzadi), 2001.

- SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- SANTOS MORÓN, M. J., «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, núm. 3, 2014, pp. 1-36.
- UREÑA MARTÍNEZ, M., «Comentario a la STS 14 abril 2011», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2011, pp. 1815-1828.
- UREÑA CARAZO, B., «Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, 2015, pp. 7-24.
- VELÁZQUEZ MARTÍN, M.A., «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2002, pp. 343-359.
- VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”», *InDret*, núm. 1, 2016, pp. 4 y ss.
- ZUMAQUERO GIL, L., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 41, 2016, pp. 111-151.