

La atribución judicial del uso
de la vivienda familiar en los
casos de crisis matrimonial y sus
repercusiones registrales.
Segunda parte

*The judicial attribution of the use of
the family home in cases of marital
crisis and its registry repercussions.
Second part*

por

RICARDO FRANCISCO SIFRE PUIG
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Profesor asociado de la UMU
Profesor colaborador de la UCAM

RESUMEN: En esta segunda y última parte del presente trabajo, analizamos el sujeto titular del uso de la vivienda familiar, el interés jurídico protegido en la atribución judicial de este derecho de uso y los diferentes criterios para dicha atribución, según los casos, en función de la existencia de hijos menores de edad o incapacitados (con la guarda y custodia exclusiva, la guarda y custodia repartida y la compartida), de la inexistencia de hijos o de la existencia exclusiva de hijos mayores de edad, por haber superado todos los hijos la minoría de edad.

También abordamos un tema de candente actualidad, desde el punto de vista práctico, como es el de la hipoteca y otros gastos relativos a la vivienda familiar; en este sentido, aportamos numerosa jurisprudencia, a fin de que nos ayude a clarificar cuál de los cónyuges ha de soportar los diferentes gastos derivados de la vivienda familiar y del uso de la misma, una vez atribuido este uso a uno de los cónyuges (p. ej. las cuotas periódicas de amortización del préstamo hipotecario formalizado, en su caso y en su día, para financiar la adquisición de la vivienda habitual, los gastos referentes a la comunidad de propietarios, IBI, suministros o servicios de la vivienda, como luz, agua, gas, teléfono, etc...).

Por último, concluimos la segunda parte de este estudio, por un lado, con el examen de la duración del derecho de uso y de las dos, dispares y contradictorias, tendencias doctrinales y jurisprudenciales existentes, sobre el carácter indefinido o la posible limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, existiendo hijos menores de edad, y, por otro lado, con una enumeración ejemplificativa de las posibles causas de extinción del susodicho derecho de uso, haciendo especial hincapié en el examen particular del nuevo matrimonio o la convivencia marital sobrevinida del cónyuge usuario con tercera persona en la vivienda familiar.

ABSTRACT: In this second and last part of this work, we analyze the subject who owns the use of the family home, the legal interest protected in the judicial attribution of this right of use and the different criteria for said attribution, depending on the case, depending on the existence of minor or disabled children (with exclusive custody and custody, shared and shared custody and custody), the absence of children or the exclusive existence of children of legal age, since all the children have exceeded the minority old.

We also address a hot topic, from a practical point of view, such as the mortgage and other expenses related to family housing; In this sense, we provide numerous jurisprudence, in order to help us clarify which of the spouses has to bear the different expenses derived from the family home and its use, once this use is attributed to one of the spouses (p For example, the periodic repayment installments of the mortgage loan formalized, where appropriate and in due course, to finance the acquisition of the habitual residence, the expenses related to the community of owners, IBI, supplies or services of the house, such as electricity, water, gas, telephone, etc ...).

Finally, we conclude the second part of this study, on the one hand, with the examination of the duration of the right of use and of the two, disparate and contradictory, existing doctrinal and jurisprudential trends, on the indefinite nature or the possible temporal limitation of the attribution of the use of the family home, with minor children, and, on the other hand, with an exemplary list of the possible causes of extinction of the aforementioned right of use, with spe-

cial emphasis on the particular examination of the new marriage or coexistence marital supervening of the user spouse with a third person in the family home.

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimonial. Nulidad matrimonial, separación o divorcio. Uso de la vivienda familiar. Sujeto titular del uso de la vivienda familiar. Interés jurídico protegido. Existencia de hijos menores o incapacitados. Guarda y custodia exclusiva. Repartida y compartida. Inexistencia de hijos. Existencia exclusiva de hijos mayores de edad. Hipoteca y gastos de la vivienda familiar. Duración y extinción del derecho de uso.

KEY WORDS: *Marital crisis. Marriage annulment. Separation or divorce. Use of the family home. Holder of the use of the family home. Protected legal interest. Existence of minor or disabled children. Exclusive custody and custody. Distributed and shared. Nonexistence of children. Exclusive existence of children of legal age. Mortgage and family home expenses. Duration and termination of the right of use.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INTERÉS JURÍDICO PROTEGIDO EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. LOS CRITERIOS PARA ESTA ATRIBUCIÓN: 1. EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS. LA GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA. 2. LA GUARDA Y CUSTODIA REPARTIDA Y LA COMPARTIDA: A) *La guarda y custodia repartida (separación de hermanos).* B) *La guarda y custodia compartida.* 3. INEXISTENCIA DE HIJOS. 4. EXISTENCIA EXCLUSIVA DE HIJOS MAYORES DE EDAD, POR HABER SUPERADO TODOS LOS HIJOS LA MINORÍA DE EDAD.—III. LA HIPOTECA Y OTROS GASTOS RELATIVOS A LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. LA HIPOTECA. 2. OTROS GASTOS RELATIVOS A LA VIVIENDA FAMILIAR.—IV. LA DURACIÓN DEL DERECHO DE USO.—V. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO: 1. EXAMEN PARTICULAR DEL NUEVO MATRIMONIO O LA CONVIVENCIA MARITAL SOBREVENIDA DEL CÓNYUGE USUARIO CON TERCERA PERSONA: A) *La modificación de medidas definitivas por la circunstancia sobrevenida del nuevo matrimonio o la convivencia marital de un tercero en la vivienda familiar.*—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya se dijo al abordar la introducción de la primera parte, los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio producen una serie

de efectos comunes relativos a los esposos, a los hijos, al sostenimiento de unos y otros, a los bienes y vivienda familiar, etc... Y ello es así porque, como dice ALBALADEJO GARCÍA, la nulidad, la separación y el divorcio cambian la anterior situación del matrimonio.

Estos efectos comunes aparecen recogidos en el capítulo IX del título IV, libro I del Código civil, referente al matrimonio, bajo la rúbrica «*De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*», artículos 90 a 101, y en el capítulo X del mismo título y libro del expresado cuerpo legal, bajo la rúbrica «*De las medidas provisionales por demandas de nulidad, separación y divorcio*», artículos 102 a 106.

Los trámites procedimentales se regulan en el capítulo IV del título I, libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica «*De los procesos matrimoniales y de menores*» artículos 769 y siguientes.

El objeto del presente trabajo, dividido en dos partes, debido a su extensión y amplitud, se va a centrar en uno de esos particulares efectos de las crisis matrimoniales, en concreto: la atribución judicial del uso de la vivienda familiar y sus repercusiones registrales.

Pues bien, examinada ya la primera parte, nos queda desarrollar esta segunda y última parte.

II. EL INTERÉS JURÍDICO PROTEGIDO EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. LOS CRITERIOS PARA ESTA ATRIBUCIÓN

El enfoque del interés jurídico protegido en la atribución judicial del uso de la vivienda familiar hay que hacerlo desde las distintas perspectivas que contempla el artículo 96 del Código civil.

Y, sobre la base de esas perspectivas, se pueden diseñar los siguientes criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar:

1. EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS. LA GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA

Habiendo hijos menores de edad o incapacitados¹, el interés prioritario o superior es el de los hijos menores o incapacitados, por entenderse que es el más necesitado de protección, frente al interés de alguno de los cónyuges.

Así resulta del principio del «*favor filii*» (o principio de protección integral de los hijos —«*toute pour l'enfant*»—), recogido en todos los textos nacionales e internacionales de protección de la infancia, como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, la Convención

de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, la Constitución española (art. 39-4), el Código civil (arts. 92, 93, 103, 110, 142-2, 154, 159 y 170) y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 2).

Concretamente, el artículo 3-1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece que, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los Tribunales, una consideración primordial a que se atenderán será el interés superior del niño. Y su artículo 27-2 dispone que incumbe a los padres u otras personas encargadas del niño la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dice que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado.

Por eso, cuando se ha determinado la guarda y custodia exclusiva o unilateral de todos los hijos a favor de uno de los cónyuges, en defecto de pacto, el uso de la vivienda familiar se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (es decir, la atribución de la guarda y custodia exclusiva a uno solo de los cónyuges lleva aparejada la atribución del uso de la vivienda familiar²). Así resulta del artículo 96, párrafo primero, del Código civil, que lo establece de forma taxativa y sin admitir ninguna limitación temporal³.

Ahora bien, esto no impide que la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor de edad o incapacitado pueda ser otra distinta de la vivienda familiar⁴.

Por último, como dice BERROCAL LANZAROT⁵, si los hijos son encomendados al cónyuge titular de la vivienda, no se plantean problemas, al recaer en la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda, y, en consecuencia, ningún derecho emerge⁶.

Pero si el beneficiario del uso no es el cónyuge titular de la vivienda familiar, o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular/propietario de la vivienda familiar se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que a él le corresponden respecto de sus hijos, ya que la nulidad, separación y divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con ellos (cfr. art. 92-1 CC), como la obligación relativa a facilitarles habitación, en una vivienda determinada, que, además, tiene que ser la que venía constituyendo la vivienda familiar.

2. LA GUARDA Y CUSTODIA REPARTIDA Y LA COMPARTIDA

A) *La guarda y custodia repartida (separación de hermanos)*

Habiendo guarda y custodia repartida, es decir, cuando se reparte entre los dos cónyuges la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, el legislador no ha establecido ningún criterio objetivo que permita atribuir el uso de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge.

Por eso, en este supuesto concreto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del juez.

Así lo prescribe el artículo 96, párrafo segundo, del Código civil, al decir que «*cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente*».

En opinión de BERROCAL LANZAROT, aquí el interés más necesitado de protección no tiene por qué ser, necesariamente, el de los hijos menores o incapacitados, pues no sirve para resolver el conflicto, sino que ha de acreditarse en cada caso.

Por eso, se han planteado, entre otros, los siguientes parámetros para permitir conceder el uso de la vivienda a un determinado grupo familiar y resolver los posibles conflictos que se planteen: la situación y las posibilidades económicas de los dos grupos familiares, pues es evidente que el que tenga la posición más precaria tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda; el número de hijos que integra cada uno de los dos grupos familiares; el estado de salud de los progenitores y, en su caso, el de los hijos; las posibilidades de acceso a una vivienda por cada uno de los dos grupos familiares; y, en fin, la edad de los hijos⁷.

En este contexto, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, evitando la posibilidad de atribución del uso. Y si la vivienda familiar es de titularidad común, al ser el uso compartido, se puede optar bien por no otorgar el uso de la vivienda a ninguno de los dos grupos familiares, bien por dividirla —si es posible su división material—, o bien por atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada uno de los dos grupos familiares.

B) *La guarda y custodia compartida*

En los casos de guarda y custodia compartida (prevista por el art. 92 CC), al no contener el Código civil y, en concreto, su artículo 96, ningún

criterio específico de atribución del uso de la vivienda familiar, es doctrina y jurisprudencia consolidada la aplicación analógica del artículo 96, párrafo segundo, del Código civil, que deja en manos del juez resolver lo procedente⁸.

Por eso, y teniendo en cuenta que aquí el interés más necesitado de protección se concreta en aquella atribución del uso que permita compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (en el ejercicio de una guarda y custodia compartida)⁹, las posibilidades de atribución del uso de la vivienda familiar son las siguientes:

a) Que se atribuya el uso de la vivienda a los hijos y al progenitor que, en cada momento, los tenga bajo su guarda y custodia.

En este caso, los hijos permanecen en la vivienda y son los padres los que se desplazan, alternativamente, a la misma, en función de los respectivos periodos de ejercicio de la guarda y custodia (supuesto conocido como vivienda-nido).

b) Que se atribuya el uso de la vivienda a uno solo de los progenitores, de manera que este queda, como usuario, en la vivienda, junto con los hijos, en los periodos en los que le corresponda el ejercicio de la guarda y custodia. Y, a su vez, el otro progenitor, no usuario, saldrá de la vivienda familiar y deberá procurarse un inmueble para habitar y compartir con los hijos, cuando sea él quien los tenga en su compañía.

En este caso, son los hijos quienes cambian de domicilio y rotan entre uno y otro inmueble; y para la atribución del uso de la vivienda, se ha atender al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando diversos factores, como que disponga de otra vivienda el otro progenitor, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc...

c) Que se atribuya el uso de la vivienda, de forma conjunta o compartida, a ambos progenitores por periodos alternos.

En este caso, los dos progenitores rotan, mediante una alternancia en el uso de la vivienda familiar, permaneciendo en ella los hijos.

d) Que no se atribuya el uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores ni a los hijos, lo que puede ocurrir, ej., porque ambos progenitores dispongan de vivienda para atender las necesidades de los hijos durante los respectivos periodos de guarda y custodia.

Por último, en los casos de guarda y custodia compartida, es regla general, seguida por la mayoría de las sentencias, la fijación de una limitación temporal en el uso de la vivienda familiar¹⁰. Con el establecimiento de esta temporalidad se pretenden armonizar dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del titular de la vivienda, que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en

los que el hijo permanece con él, y el interés del hijo a comunicarse con el progenitor al que se atribuye el uso de la vivienda familiar¹¹.

3. INEXISTENCIA DE HIJOS

No habiendo hijos (menores de edad o incapacitados), el interés jurídico superior protegido es el del cónyuge más necesitado de protección, interés que deberá ser alegado y debidamente justificado.

Por eso, el uso de la vivienda familiar se puede atribuir al cónyuge no titular de la misma, si, ponderando las circunstancias del caso, se prueba que su interés es el más necesitado de protección, y siempre con carácter temporal.

Así resulta del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil, al decir *«No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»*.

Ahora bien, el juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta medida, sino que la misma debe ser solicitada a instancia de parte (en base al principio de rogación), a diferencia de lo que ocurre cuando hay hijos menores de edad, donde el juez, necesariamente, debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar.

Y, una vez solicitada la medida, como dice BERROCAL LANZAROT¹², la atribución del uso de la vivienda familiar se deja al arbitrio judicial, pues es el juez quien tendrá que valorar si el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección, siempre que, además, así lo aconsejen las circunstancias del caso.

En efecto, para la aplicación del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil, no es suficiente con que concurra el interés preferente del cónyuge no titular, sino que se requiere, además, la concurrencia de una serie de circunstancias personales y socioeconómicas, para que la atribución del uso prevalezca sobre la titularidad del inmueble del otro cónyuge.

Así pues, el juez debe decidir la atribución del uso ponderando todos los intereses en juego, porque el artículo 96, párrafo tercero, del Código civil tiene carácter excepcional y debe interpretarse restrictivamente (máxime cuando la vivienda familiar es propiedad de otro), ya que la regla general debe ser que, en ausencia de hijos, el uso de la vivienda familiar se atribuya al cónyuge propietario de la misma.

Como circunstancias personales y socioeconómicas a tener en cuenta, hay que destacar: la situación económica y patrimonial de los cónyuges —sobre todo, cuando el cónyuge no titular carece de medios económicos

que le permitan acceder a otra vivienda mediante compra o alquiler—; las personas que, en su caso, aparte de uno de los cónyuges, se verán obligadas a abandonar la vivienda junto a él (p. ej., hijos mayores de edad sin ingresos propios suficientes para independizarse y cuya voluntad sea la de convivir con el cónyuge no titular); las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso, como la edad, el estado de salud, la cualificación profesional; las posibilidades de uno y otro cónyuge de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc...

Y si el juez, después de valorar todas estas circunstancias, llega a la conclusión de que no existe un interés más necesitado de protección, el uso de la vivienda familiar deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. Esto porque, como concluye BERROCAL LANZAROT, la titularidad de la vivienda solo cede cuando se pruebe que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hagan aconsejable que sea el beneficiario del uso.

4. EXISTENCIA EXCLUSIVA DE HIJOS MAYORES DE EDAD, POR HABER SUPERADO TODOS LOS HIJOS LA MINORÍA DE EDAD

Es muy frecuente que, una vez alcanzada la mayoría de edad, los hijos sigan conviviendo en el domicilio familiar, bien debido a los problemas del paro juvenil, por la situación actual del mercado laboral, o bien debido a sus estudios superiores (universitarios, de formación profesional, máster, oposiciones, etc...), por lo que nos encontramos con hijos mayores de edad, pero carentes de ingresos propios y, por lo tanto, dependientes económicamente.

Pues bien, como dice ORDÁS ALONSO¹³, no hay ninguna norma en el Código civil relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar, en las situaciones de crisis matrimonial, para cuando existen hijos mayores de edad que continúan viviendo en el hogar familiar, ni vinculándolo ni sin vincularlo al hecho de que carezcan de independencia económica.

El artículo 39-3 de la Constitución española impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Por su parte, el artículo 93, párrafo segundo, del Código civil dispone que *«si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución (del propio procedimiento matrimonial), fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código»*.

Y, según el artículo 149, párrafo primero, del Código civil, *«El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión*

que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

Así pues, la posibilidad de fijar los alimentos a los hijos mayores en el marco del proceso matrimonial no es incondicional, como sucede con los menores de edad, sino que se supedita a la concurrencia de dos presupuestos: que continúen viviendo en el domicilio familiar y que carezcan de recursos propios.

Y, al hilo de ello, se plantea el problema de determinar si la prestación alimenticia a favor de los hijos mayores de edad está necesariamente vinculada al derecho de uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código civil y, en consecuencia, si los hijos mayores de edad tienen derecho al uso de la vivienda familiar, por representar ellos mismos un interés digno de protección.

A este respecto, existen dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales:

1. Un sector doctrinal defiende la inclusión en el párrafo primero del artículo 96 del Código civil de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y que carezcan de ingresos propios, lo que se traduciría en la atribución del uso de la vivienda familiar a los mismos y al cónyuge con el que conviven.

Como argumento principal de esta tesis, destaca el siguiente: la interpretación literal del primer párrafo del artículo 96 del Código civil, que se refiere «a los hijos», sin especificar que estos deban ser menores de edad; y donde la ley no distingue, no cabe distinguir. Además, el precepto alude al «cónyuge en cuya compañía queden», lo que no es sinónimo de cónyuge a cuyo favor se haya constituido la guarda y custodia. Por eso, es claro que los hijos mayores de edad caben en el tenor de la norma, pero siempre que, una vez cumplidos los dieciocho años, prueben que su falta de recursos no se debe a su pereza o falta de ganas de conseguirlos, sino a su necesidad o dependencia económica¹⁴.

2. Y otro sector doctrinal estima que la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos menores, aunque pueda haberlos mayores de edad que convivan en el hogar familiar y que carezcan de recursos propios, debe hacerse a tenor del tercer párrafo del artículo 96 del Código civil¹⁵. Ello se traducirá en la atribución del uso de la vivienda familiar no a los hijos mayores de edad, sino al cónyuge no titular, siempre que su interés sea el más necesitado de protección, y con sujeción a una limitación temporal.

Por eso, dice ORDÁS ALONSO que la mayoría de edad de los hijos coloca en situación de igualdad a los cónyuges ante el derecho de atribución del uso de la vivienda familiar, por lo que ya no operará el derecho preferente que deriva de la atribución de la guarda y custodia, sino el interés acreditado (del cónyuge) más necesitado de protección y por un tiempo determinado, conforme al párrafo tercero del artículo 96 del Código civil.

Los argumentos fundamentales que esgrime esta tesis son los siguientes:

- Por un lado, que el mandato constitucional (*ex art. 39 CE*) de protección de los hijos no se proyecta sobre los hijos mayores de edad.
- Y, por otro lado, que, del tenor general de los artículos 90 y siguientes del Código civil, se desprende que el empleo por el legislador del término «hijos» se circunscribe a los hijos menores de edad (sin olvidar a los incapacitados menores o mayores de edad, según la STS de 30 de mayo de 2012), en la medida en que se consideran sujetos necesitados de una especial protección; en este sentido, cita ORDÁS ALONSO los artículos 90-2; 91; 92; 93, párrafo primero; 94 y 96, párrafo primero, del Código civil.

A la polarizada controversia doctrinal y jurisprudencial expuesta ha tratado de hacer frente la STS de 5 de septiembre de 2011, que ha sentado doctrina jurisprudencial y que ha sido seguida por otras sentencias posteriores, como la Sentencia de 30 de marzo de 2012, comentada por DE LA IGLESIA MONJE¹⁶.

Como dice esta autora, la doctrina del Tribunal Supremo se basa en que no debe extenderse la protección del menor del artículo 96, párrafo primero, del Código civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad. Por eso, se declara extinguido el derecho de uso de la vivienda familiar una vez alcanzada la mayoría de edad, por entenderse que dicho precepto no depara la misma protección a los mayores. El primer párrafo del artículo 96 del Código civil atribuye el uso de la vivienda a los hijos (menores) como concreción del principio «*favor filii*» o «*favor minoris*»; pero, cuando son mayores de edad rigen otras reglas¹⁷.

La citada STS de 5 de septiembre de 2011 atribuyó el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, siendo los hijos mayores de edad; en concreto, en base a la decisión de los hijos mayores de convivir con el padre, atribuyó el uso a la madre, cuyo interés se consideraba más necesitado de protección.

Esta sentencia dispuso que la prestación alimenticia y de habitación del artículo 93, párrafo segundo, del Código civil a favor del hijo mayor debe aparecer desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad.

En mi opinión, esto significa que, una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo ya no tiene derecho a la atribución del uso de la vivienda familiar, pues no tiene ningún interés protegido por el artículo 96 del Código civil; y dicho uso corresponderá al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección.

Y, en el supuesto de que el hijo mayor de edad siga necesitando una vivienda donde habitar, ello deberá reconducirse por la vía del artículo 93, párrafo segundo, en relación con los artículos 142 y siguientes del Código

civil, como hijo acreedor de alimentos, que engloba el derecho de habitación, *ex* artículo 149 del Código civil, precepto este que concede al cónyuge obligado a prestar alimentos (alimentante) la opción de satisfacerlos tasando la cantidad indispensable para la habitación o recibiendo y manteniendo en su propia casa al (hijo mayor) que tiene derecho a ellos (como alimentista).

El alimentista mayor de edad no tiene ningún derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.

Y, en esta tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores y, por lo tanto, única y exclusivamente a tenor no del párrafo primero, sino del párrafo tercero del artículo 96 del Código civil.

En consecuencia, si tras la mayoría de edad, los hijos eligen convivir con un progenitor y el otro es el que se encuentra más necesitado de protección, el uso de la vivienda familiar se le atribuirá a este último (con un límite temporal). Y si el uso de la vivienda familiar se le atribuye al cónyuge con el que vayan a convivir los hijos mayores, el fundamento de esa atribución se ha de basar en la propia necesidad e interés más necesitado de protección de dicho cónyuge y no en el de los hijos mayores que el artículo 96 del Código civil no tutela. Y es que no constituye un interés digno de protección con arreglo al artículo 96, párrafo tercero, del Código civil la convivencia del cónyuge usuario con sus hijos mayores, porque estos no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual de sus padres durante el matrimonio.

III. LA HIPOTECA Y OTROS GASTOS RELATIVOS A LA VIVIENDA FAMILIAR

Una vez atribuido el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, se plantea el problema de determinar cuál de los cónyuges ha de soportar los gastos derivados de la vivienda familiar y del uso de la misma.

Dentro de estos gastos se encuentran, por un lado, los relativos al préstamo hipotecario formalizado, en su caso y en su día, para financiar la adquisición de la vivienda habitual y, por otro lado, los referentes a la comunidad de propietarios, conservación, reparación y mantenimiento de la vivienda, IBI, suministros o servicios de la vivienda, como luz, agua, gas, teléfono, etc...

1. LA HIPOTECA

Ocurre con frecuencia que uno de los cónyuges o ambos, al contraer matrimonio, adquieren una vivienda para ser destinada a domicilio fami-

liar. Dependiendo de su régimen económico matrimonial, ganancial o de separación de bienes, dicha vivienda familiar será ganancial, privativa de uno solo de los cónyuges o común en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (*«pro indiviso»*). También es posible que uno de los cónyuges aporte al matrimonio un inmueble privativo suyo, adquirido antes de contraer matrimonio, para destinarlo a vivienda habitual de la familia, una vez celebrado dicho matrimonio.

La adquisición de dicha vivienda habitual suele financiarse por medio de un préstamo hipotecario, que, por un lado, se ha de formalizar a través de la correspondiente escritura pública, autorizada por notario y otorgada por el cónyuge o cónyuges prestatarios o deudores hipotecarios y/o propietarios hipotecantes y por el prestamista o acreedor hipotecario (usualmente, una entidad bancaria), y, por otro lado, se ha de inscribir, necesariamente, en el Registro de la Propiedad, como derecho real de garantía, accesorio de la obligación principal asegurada, de realización de valor (pues el inmueble hipotecado queda sujeto al *«ius distrahendi»* del acreedor) y de constitución registral. Así resulta del artículo 145 de la Ley Hipotecaria.

Además, aunque la vivienda habitual sea propiedad de uno solo de los cónyuges, para constituir la hipoteca sobre la misma, se requiere el consentimiento de los dos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, de conformidad con el artículo 1320 del Código civil.

De la deuda derivada del préstamo hipotecario responderá, por acción real o hipotecaria, el inmueble hipotecado y, por acción personal, el cónyuge o los cónyuges prestatarios o deudores hipotecarios, con todo su patrimonio (ganancial y privativo), en virtud del principio de la responsabilidad patrimonial universal (*ex arts. 1876 y 1911 CC, y 104 y 105 LH*).

Una vez formalizado el préstamo hipotecario, los cónyuges han de hacer frente al pago de las periódicas y sucesivas cuotas de amortización, en la forma convenida en el título constitutivo de la hipoteca (contrato de préstamo hipotecario).

Pues bien, como dice BERROCAL LANZAROT¹⁸, los conflictos surgen cuando se produce la ruptura matrimonial, consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio, pues el cese de la convivencia, además de determinar una disminución de ingresos, exige la adopción de una serie de medidas acordadas por los cónyuges, en el convenio regulador o, en su defecto, por el juez, entre las que se encuentra la relativa al pago del préstamo hipotecario.

Ello porque el préstamo hipotecario se ha de seguir amortizando, pagando periódicamente las cuotas de amortización del mismo en la forma y cuantía pactadas, a fin de evitar una posible ejecución hipotecaria por impago, con la consiguiente pérdida de la vivienda familiar.

Ante esta situación, BERROCAL LANZAROT señala que se han adoptado dos líneas de actuación:

- a) La línea minoritaria, que considera que los pagos del crédito hipotecario constituyen cargas del matrimonio; y ello conlleva la posibilidad de establecer un pago en proporción a lo que a cada cónyuge le corresponda en la satisfacción de dichas cargas o hayan convenido [arts. 1318; 90-1, d); 91 y 103-3.^a CC]¹⁹.
- b) Y la línea mayoritaria, que considera que los pagos del crédito hipotecario no son cargas del matrimonio, sino una deuda del cónyuge o cónyuges prestatarios o deudores hipotecarios y/o propietarios hipotecantes, derivada del título de constitución del préstamo hipotecario²⁰.

Dentro de esta última línea, menciona BERROCAL LANZAROT la STS de 28 de marzo de 2011, en sede de sociedad de gananciales, conforme a la cual el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la vivienda familiar no constituye una carga del matrimonio, en el sentido a que se refiere el artículo 90-1, d) del Código civil, sino una deuda de la sociedad de gananciales, y, por lo tanto, incluida en el artículo 1362-2.º del Código civil. En consecuencia, corresponde pagar dicha deuda a ambos cónyuges por mitad, al ser ambos copropietarios, por mitad, aunque se haya producido la crisis matrimonial²¹.

El artículo 231-5 del Código civil catalán también considera el pago de las cuotas hipotecarias dirigidas a la adquisición de la vivienda familiar como deuda y no como carga del matrimonio. Además, el artículo 233-23, párrafo primero, del citado código dispone que, en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución.

Así pues, como dice BERROCAL LANZAROT, el pago de la hipoteca constante matrimonio y tras la crisis matrimonial va ligado al título de constitución del préstamo hipotecario. Y, por eso, el acreedor hipotecario es ajeno a lo que suceda en las relaciones inter conyugales, de modo que el convenio regulador o la sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio no pueden novar el contenido obligacional del título por el que se constituyó la obligación de pago.

Dicho de otra forma, tras la crisis conyugal, los cónyuges, deudores hipotecarios, de común acuerdo, y, en su defecto, el juez, pueden establecer una contribución desigual y distinta de la que resulte del título constitutivo de la hipoteca, en el pago del préstamo hipotecario. Y este acuerdo de asunción de pago celebrado entre ambos cónyuges deudores (o adoptado

por el juez) será válido y eficaz «*inter partes*», pero no frente al acreedor hipotecario, que mantendrá inalterable su posición crediticia, salvo que consienta (aceptando) la novación subjetiva de la obligación, en cuya hipótesis la obligación ya no se mantendría subjetivamente inalterada.

LEFEBVRE recoge una serie de sentencias en ese sentido²².

2. OTROS GASTOS RELATIVOS A LA VIVIENDA FAMILIAR

1. Por lo que respecta a los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios, dice LEFEBVRE²³ que, en principio, la doctrina del Tribunal Supremo es que los gastos de comunidad son gastos inherentes de la propiedad, según el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal («LPH»), por lo que han de ser abonados por el propietario o por los propietarios de la vivienda, en proporción a su cuota de participación en la propiedad horizontal, considerando que no cabe la asimilación del cónyuge usuario al usufructuario. En sentido, se pueden citar las SSTs de 25 de mayo de 2005, 20 de junio de 2006 y 27 de junio de 2018²⁴.

No obstante, también es cierto que el Tribunal Supremo admite que, por sentencia, se atribuya su pago a quien tenga atribuido el uso de la vivienda, en función de las circunstancias personales y patrimoniales de cada uno de los cónyuges, señalando que, a falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas, ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble.

En cualquier caso, afirma LEFEBVRE que se trata de una cuestión controvertida, porque, si bien es cierto que la Ley de Propiedad Horizontal establece, como obligación del propietario o propietarios, la de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, también es cierto que, no siendo aquel el cónyuge usuario de la vivienda familiar, puede resultar excesivo que tenga que abonar, en su totalidad o en parte, los referidos gastos, en cuanto derivados de servicios comunes, como los de portería, limpieza, luz y, en general, mantenimiento de zonas comunes, que tan solo benefician, directa y personalmente, al cónyuge que ostenta el derecho, exclusivo y excluyente, de uso de la vivienda familiar²⁵.

2. Por lo que respecta a los gastos ordinarios de conservación y mantenimiento de la vivienda común, así como las reparaciones ordinarias que exija la vivienda (considerando como tales las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación), las SSTs de 28 de marzo de 2011 y de 25 de septiembre de 2014 consideran que nada obsta a que puedan atribuirse por la sentencia matrimonial al cónyuge usuario de la vivienda familiar. Y la SAP

de Madrid de 23 de mayo de 2018 contempla un supuesto de hecho que parte de un acuerdo en la relación interna entre el propietario y el usuario o poseedor inmediato de la vivienda, siendo así que la obligación de pagar los gastos frente a la comunidad recae, en último extremo, sobre el propietario.

3. Por lo que respecta a los gastos causados por las reparaciones extraordinarias que exija la vivienda y las derramas o gastos extraordinarios de la comunidad de propietarios, en cuanto derivan de obras necesarias para el mantenimiento del edificio, que afectan al valor y existencia del inmueble, deben ser abonadas por los propietarios del inmueble, en proporción a su cuota de participación en la propiedad horizontal, según Sentencias de la AP de Barcelona de 29 de marzo de 2007, de la AP de Cádiz de 6 de julio de 2010 y de la AP de Madrid de 28 de junio de 2018.

4. Por lo que respecta al Impuesto de Bienes Inmuebles («IBI»), cuyo hecho imponible lo constituye la propiedad de bienes inmuebles o la titularidad de un derecho real de usufructo, el criterio general de los tribunales es que, al no guardar ninguna relación con el uso de la vivienda, y, no siendo equiparable el derecho de uso al derecho de usufructo, este impuesto debe satisfacerse conforme al título de propiedad de la finca, según las Sentencias de la AP de Barcelona de 8 de febrero de 2007, de la AP de Murcia de 16 de julio de 2009 y de la AP de Madrid de 16 de julio de 2019.

5. Por lo que respecta a los gastos por los suministros o servicios de la vivienda familiar, como luz, agua, gas, teléfono, etc..., deben ser satisfechos por la persona que ocupa la vivienda, es decir, por el cónyuge a quien se atribuyó el uso de la vivienda, según Sentencias de la AP de León de 14 de enero de 2010 y de la AP de Madrid de 6 de noviembre de 2007, 18 de septiembre de 2009, 23 de mayo de 2011, 27 de febrero de 2018 y 5 de abril de 2019.

Pero, como dice LEFEBVRE²⁶, puede haber excepciones impuestas por razones justificadas de amparo a los intereses familiares más necesitados de protección, pues puede suceder que el cónyuge usuario carezca de recursos o ingresos para hacer frente a esos gastos de luz, agua, gas, etc... Y, ante tal eventualidad acreditada, el cónyuge no usuario, siempre que cuente con recursos, debe responder de dichos gastos como carga familiar.

Ahora bien, esa circunstancia deberá tenerse en cuenta en la cuantificación de las pensiones alimenticias, pues esa contribución implicaría una reducción de la capacidad económica del alimentante (arts. 97-8.^a y 146 CC).

6. Por lo que respecta a los gastos por la tasa de recogida de residuos urbanos o basuras, dice LEFEBVRE que no hay un criterio pacífico.

7. Y, por lo que respecta a los gastos por el seguro del hogar, tampoco existe unidad de criterio, pues unas sentencias obligan a su pago en proporción a la cuota de propiedad (Sentencias de la AP de Asturias de 13 de mayo de 2005 y de la AP de Barcelona de 16 de febrero de 2007), mientras

que otras lo consideran inexigible, al tratarse de una cobertura no obligatoria (SSAP de Madrid de 21 de febrero de 2007 y 18 de junio de 2018).

Por último, conviene tener en cuenta el artículo 233-23, párrafo segundo, del Código civil catalán, según el cual, en caso de atribución del uso de la vivienda, *«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 corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso»*.

IV. LA DURACIÓN DEL DERECHO DE USO

1. En primer lugar, existiendo hijos menores de edad, podemos hablar de dos tendencias jurisprudenciales dispares y contradictorias: una tendencia tradicional y otra innovadora.

a) La tendencia tradicional y mayoritaria de la jurisprudencia ha sido la de mantener la atribución indefinida del uso, como garante de la estabilidad del menor, no siendo susceptible, *«a priori»*, de ninguna limitación temporal la atribución del uso de la vivienda familiar.

Esta interpretación se basa en una interpretación estricta y taxativa del artículo 96, párrafos primero y segundo, del Código civil, al considerar imperativa la aplicación de este precepto y entender que no admite una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores. Esto es así porque la atribución del uso es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez.

De este modo, el fundamento de esta posición se debe a la necesidad de protección de los menores y a la consiguiente necesidad de utilización de la vivienda familiar por parte de los mismos, porque el interés que se protege en el artículo 96, párrafo primero, del Código civil no es la propiedad de los bienes, sino los derechos del menor en los casos de crisis matrimonial, salvo pacto de los progenitores, que, incluso, en este caso, y, a su vez, deberá ser examinado y controlado por el juez, para evitar posibles perjuicios a los derechos del menor.

Y es que una interpretación correctora del artículo 96, párrafo primero, del Código civil que permitiera la atribución temporal del uso de la vivienda familiar implicaría una vulneración de los derechos de los hijos menores reconocidos en nuestra Constitución (arts. 14 y 39) y en la Ley Orgánica de Protección del Menor.

Como exponentes de esta línea, cabe destacar las Sentencias de la AP de Las Palmas de 18 de mayo y 15 de octubre de 2007 y las SSTs de 1 de abril de 2001; 14 de abril de 2011, dictada para unificación de doctrina;

21 de junio de 2011; 13 de julio y 17 de octubre de 2013; 3 de abril, 29 de mayo, 2 y 16 de junio de 2014; 18 y 29 de mayo de 2015; 21 de julio de 2016 y 22 de febrero de 2017.

b) Y la tendencia innovadora de la jurisprudencia admite la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo menor de edad, permitiendo que este uso pueda extinguirse durante la minoría de edad.

Como pone de relieve MANZANO FERNÁNDEZ²⁷, el fundamento de esta posición se debe a que la limitación temporal del uso es una medida favorecedora de todos los intereses del juego, y no solo del interés del hijo menor. Y ello porque, al contribuir a mantener un nivel económico de los dos progenitores, particularmente, del que sale de la vivienda familiar y debe sufragar los gastos de habitación en otro lugar, además de la pensión alimenticia a los hijos y la pensión compensatoria al cónyuge, la consecuencia inmediata será la posibilidad de seguir abonando la pensión alimenticia sin pasar calamidades y eliminando la situación de asfixia económica que provoca, en muchos casos, la duración ilimitada del uso de la vivienda familiar. Y es que, con la excusa de que los padres han de ceder hasta el extremo para garantizar la estabilidad de menor, el interés del niño puede comprometerse gravemente.

Por su parte, BERROCAL LANZAROT²⁸ señala que el artículo 96 del Código civil no establece la temporalidad del uso sobre la vivienda familiar más que en su párrafo tercero, cuando no existen hijos (menores) y se atribuye el uso al cónyuge no titular.

Ahora bien, esto no permite pensar que, en el caso del párrafo primero del citado artículo 96, el derecho de uso es indefinido, sino, más bien, que no es precisa la fijación de un plazo de duración por los cónyuges, en el convenio regulador, o por el juez. Y, en todo caso, la duración de derecho de uso estaría en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que le ha servido de fundamento.

La atribución del uso de la vivienda familiar por sentencia judicial no puede perpetuarse indefinidamente, ya que el proceso matrimonial en modo alguno puede constituir una carga perpetua en el tiempo para uno de los cónyuges. Por eso, hay que exigir una limitación temporal del uso, so pena de incurrir en una «expropiación» al propietario, sin existir defensa para este. La regla del artículo 96, párrafo primero, del Código civil no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio, le reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal²⁹.

En el IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se acordó que el artículo 96 del Código civil sea interpretado de forma que, en todo caso, la atribución del uso de la vivienda familiar se haga siempre con carácter temporal.

Como exponentes de esta línea, cabe destacar las Sentencias de la AP de Valladolid de 17 de enero de 2007; de la AP de Alicante de 14 de enero de 2010; de la AP de Baleares de 11 de octubre de 2011; de la AP de Sevilla de 23 de enero de 2012; de la AP de Madrid de 24 de enero de 2012 y de la AP de Tenerife de 12 de abril de 2013. Igualmente, cabe citar la STS de 22 de abril de 2004, al señalar que el derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código civil se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad.

Por otra parte, en los casos de guarda y custodia compartida, como ya se ha dicho anteriormente, es regla general, seguida por la mayoría de las sentencias, la fijación de una limitación temporal en el uso de la vivienda familiar³⁰. Con el establecimiento de esta temporalidad se pretenden armonizar dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del titular de la vivienda, que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y, por otro lado, el interés del hijo a comunicarse con el progenitor al que se atribuye el uso de la vivienda familiar³¹.

2. Y, en segundo lugar, no habiendo hijos menores de edad o cuando los hijos son mayores de edad e independientes económicamente (o, incluso, no siéndolo) o mayores de edad discapacitados o menores de edad, en los casos de custodia compartida, se considera que el derecho de uso se caracteriza por la provisionalidad y temporalidad, por lo que se impone la regla de la necesaria temporalidad del derecho, pues, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario (cfr. el art. 96, párrafo tercero, CC)³².

Como afirma BERROCAL LANZAROT³³, en estos casos, la limitación temporal del derecho de uso no es más que una manifestación de la naturaleza de este derecho y no puede prorrogarse el uso de forma indefinida, al entrar en colisión el derecho del beneficiario del uso con los legítimos derechos dominicales que corresponden al otro cónyuge sobre el inmueble, no solo en cuanto a su eventual uso, sino también en lo relativo a su disposición.

La fijación de la duración del derecho de uso se puede hacer estableciendo un plazo concreto y determinado (o un plazo máximo) o hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o la división de la cosa común. También se puede establecer esa duración del derecho de uso durante un periodo de tiempo concreto, transcurrido el cual se proceda al uso alternativo de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o la división de la cosa común.

Por último, como ya se ha analizado con anterioridad, la doctrina más reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, recogida en la Resolución de 20 de octubre de 2016, parte de dos hipótesis en el marco

del Derecho civil común, a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular³⁴:

— Si existen hijos menores que quedan al cuidado del cónyuge a quien se le ha atribuido el derecho de uso, no cabe imponer limitaciones temporales al uso de la vivienda familiar, si bien resultarán de modo indirecto, una vez hayan llegado los hijos a la mayoría de edad³⁵.

— Y si no hay hijos o estos son mayores de edad, al no ser necesario atender a la protección de hijos menores, como interés superior al del cónyuge propietario, necesariamente habrá de imponerse un límite temporal al derecho de uso (art. 96, párrafo tercero, CC).

V. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO

El derecho de uso de la vivienda familiar se puede extinguir por varias causas:

1. La destrucción total o la ruina de la vivienda familiar.

Es causa de extinción del derecho de uso; no, en cambio, la destrucción parcial, siempre que la vivienda siga sirviendo a las necesidades habitacionales del cónyuge usuario y de los hijos menores.

2. El fallecimiento del titular o beneficiario del uso.

Puede implicar la extinción del derecho de uso, por ser este un derecho personalísimo, que impide su transmisión a los herederos.

Ahora bien, a estos efectos, ORDÁS ALONSO³⁶ diferencia, por un lado, el supuesto del cónyuge que tiene atribuido el uso de la vivienda por la vía del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil, en cuyo caso, su fallecimiento determina la extinción del derecho de uso, y, por otro lado, el supuesto en el que el uso le ha sido atribuido «*per relationem*» con la custodia de sus hijos menores de edad, por la vía del artículo 96, párrafo primero, del Código civil.

Aquí, a su vez, distingue la autora tres casos:

a) El fallecimiento de alguno de los hijos, en cuyo caso, seguirá usando la vivienda el cónyuge custodio con los hijos menores sometidos a su cuidado.

b) El fallecimiento de la totalidad de los hijos, pero no del cónyuge usuario, en cuyo caso, el uso de la vivienda atribuido por la vía del artículo 96, párrafo primero, del Código civil se extingue, sin perjuicio de que pueda serle atribuido dicho uso al cónyuge por la vía del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil, si acredita tener un interés más necesitado

de protección y las circunstancias concurrentes así lo aconsejan (en todo caso, con carácter temporal).

c) El fallecimiento solo del cónyuge usuario o de este y de alguno de los hijos que permanecen en su compañía, en cuyo caso el derecho de uso a favor del cónyuge y de los hijos fallecidos se extingue. Respecto del resto, al ser menores de edad, pasarán a estar bajo el cuidado del progenitor no fallecido o, si esta medida es imposible o improcedente, se atribuirá la custodia a terceras personas o se nombrará un tutor. Esto repercutirá en el derecho de uso, siendo perfectamente posible atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos, que permanecerán en la vivienda familiar, bajo el cuidado de su nuevo guardador, normalmente un pariente próximo.

3. La expiración del plazo de duración establecido en el convenio regulador o en la sentencia matrimonial.

En los casos de atribución del uso por la vía del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil y, según el Tribunal Supremo, también en los casos de atribución del uso con guarda y custodia compartida, se ha de establecer, necesariamente, un plazo de duración o término final.

Y, como dice ORDÁS ALONSO, la doctrina y la jurisprudencia no son unánimes a la hora de pronunciarse sobre la extinción automática de tal derecho, una vez llegado el plazo estipulado o término final.

A su juicio, la llegada del término estipulado traerá, como consecuencia, la extinción del derecho de uso, sin necesidad de instar un nuevo procedimiento que así lo declare, pues bastará solicitar el desalojo inmediato de la vivienda familiar a través del trámite de ejecución de la sentencia dictada en el propio procedimiento matrimonial.

4. La extinción del derecho sobre el que se sustenta el uso.

Conlleva la extinción del derecho de uso.

Pone de relieve ORDÁS ALONSO que la atribución realizada al titular del derecho de uso es derivativa, de modo que no puede tener una posición más fuerte ni estar dotada de un contenido mayor que la que corresponde al titular de la vivienda. Por eso, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 de diciembre de 1994, afirma que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso; y, siendo ello así, la atribución (del uso) de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tenía.

La consecuencia inmediata es que, si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial del uso quedan limitados por lo dispuesto en el título, de acuerdo con la ley.

Y así, p. ej., si la vivienda era poseída en virtud de un derecho real de usufructo, una vez extinguido el usufructo sobre el que el derecho de uso se

apoya (por las causas de los arts. 513 y sigs. CC), se extinguirá el derecho de uso, con dos excepciones: la reunión del usufructo y la propiedad en la persona del usufructuario (*ex art. 513-3.º CC*) y la renuncia del usufructuario, pues, como acto de disposición que es, está sujeto a lo dispuesto en el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil.

También, si la vivienda era poseída en virtud de un contrato de arrendamiento, una vez resuelto el arrendamiento concertado sobre la vivienda, se extinguirá el derecho de uso sobre la misma.

5. La situación de precario del cónyuge usuario.

Cuando la propiedad de la vivienda familiar es de un tercero y los cónyuges residentes en la misma se encuentran en una situación de precario, el cónyuge a quien se atribuya judicialmente el uso de aquella ostentará también la condición de precarista; y, por eso, el propietario puede recuperar la vivienda ejercitando la acción de desahucio por precario, debido a la inexistencia de un contrato con el ocupante de la vivienda y a que el derecho de uso no permite reconocer a quienes ocupan la vivienda una protección posesoria más vigorosa que la que corresponde al titular de la vivienda.

6. La división de la cosa común.

En relación con el problema relativo a la subsistencia o extinción del derecho de uso de la vivienda familiar común de los cónyuges, tras el ejercicio de la «*actio communi dividundo*» (y, por lo tanto, la oponibilidad o no de este derecho de uso frente al adquirente de la vivienda), ya se ha dicho con anterioridad que el criterio doctrinal mayoritario y el de la jurisprudencia consolidada es que el ejercicio de dicha acción de división de la vivienda familiar de titularidad común, en los casos de nulidad, separación o divorcio, no afecta al derecho de uso constituido sobre la misma, de modo que el derecho que otorga el artículo 400 del Código civil (división y cesación de la comunidad) coexiste con la atribución del derecho de uso de dicha vivienda familiar, pues este no actúa como prohibitivo de la cesación y división de la comunidad.

También he explicado mi posición crítica sobre esta cuestión, en el sentido de que la misma debe solventarse en función de que la división de la vivienda común la pidan los dos cónyuges, de común acuerdo, o solamente el cónyuge no usuario; y a lo expuesto me remito.

Para BERROCAL LANZAROT³⁷, la división de la cosa común puede determinar o no la extinción del derecho de uso en función de las siguientes situaciones:

— Si la vivienda familiar pertenece en proindiviso a ambos cónyuges, subsistirá el derecho de uso, aunque tal derecho no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad y aunque se venda la vivienda en pública subasta, salvo que ese uso se modifique por voluntad de los interesados o por resolución judicial en un procedimiento de modificación de medidas³⁸.

— Si la vivienda familiar pertenece en proindiviso al cónyuge no usuario y a un tercero o a este y a ambos cónyuges, y el tercero extraño —copropietario de la vivienda— decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de la cosa común, se extinguirá el derecho de uso. Ello porque el tercero —cotitular— no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no puede resultar vinculado por lo que se decida en él. No se le puede imponer un gravamen, como el derecho de uso, sin su consentimiento; y, en consecuencia, jugará la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido».

En cambio, si la vivienda familiar pertenece en proindiviso a un tercero y al cónyuge no usuario y este decide ejercitar la acción de división y venta de la vivienda familiar, ello debe ser calificado como acto de disposición, por lo que estará sujeto al régimen de consentimiento dual del artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil.

— Si la vivienda familiar pertenece en proindiviso a un tercero y a ambos cónyuges y el cónyuge no usuario ejercita la acción de división, no será posible imponer el uso al adjudicatario ni existirá base para que opere el citado artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil, exigiendo el consentimiento del cónyuge usuario.

— Y si la vivienda familiar pertenece en proindiviso a ambos cónyuges y el cónyuge no usuario ejercita la acción de división, allanándose el cónyuge usuario, y habiendo consentido, además, en convenio la cesación del uso en caso de venta de la vivienda, no cabrá oponer el derecho de uso al tercero, adjudicatario de la vivienda en subasta.

7. El cambio de determinadas circunstancias del cónyuge usuario o de los hijos.

Puede motivar la extinción del derecho de uso.

Así puede ocurrir con la variación de la situación económica y patrimonial del cónyuge usuario³⁹; un cambio en la guarda y custodia de los hijos, al atribuirse esta al cónyuge no usuario; el desplazamiento subjetivo del interés familiar más necesitado de protección y el haber alcanzado los hijos la mayoría de edad.

Pero, con respecto a esto último, hay que tener en cuenta que (como ya hemos dicho con anterioridad y, según la tesis dominante) si bien la llegada a la mayoría de edad de los hijos extingue el derecho de uso de los mismos atribuido *ex* artículo 96, párrafo primero, del Código civil (aunque sigan siendo dependientes económicamente), procederá, en su caso, la aplicación del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil, respecto del cónyuge usuario.

8. El no uso permanente, y no transitorio o puntual (p. ej., en periodos vacacionales o puentes), de la vivienda familiar, es decir, el dejar de utilizarse para cubrir las necesidades de alojamiento de la familia.

Es también causa de extinción del derecho de uso, porque de ello se deriva una falta de necesidad de ocupación.

9. La enajenación de la vivienda familiar.

Tal como hemos visto, sobre todo, al estudiar la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, un importante sector doctrinal señala que el derecho de uso inscrito subsiste cuando la vivienda familiar se enajena a un tercero, porque la atribución judicial de ese uso constituye título legítimo que justifica el uso, incluso, frente a los propietarios que traigan causa del cónyuge titular de la vivienda familiar y, porque, como derecho real, es oponible a terceros, vinculando, por lo tanto, a posteriores adquirentes del inmueble, que no podrán desconocer la eficacia del derecho de uso atribuido a los hijos.

En cambio, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 19 de enero de 2016, estima que la enajenación voluntaria por los dos cónyuges, titular y usuario, de la vivienda familiar conlleva, como efecto primordial, la extinción del derecho de uso, y, en Resolución de 19 de julio de 2011, resalta que el titular del derecho de uso puede renunciar a él, por ejemplo, consintiendo la enajenación de la vivienda.

A mi juicio, ya he afirmado que el derecho de uso de la vivienda familiar se agota o extingue, como tal derecho familiar, una vez realizado el acto dispositivo, con el preceptivo consentimiento dual o autorización judicial supletoria —condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer del artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil—, en las enajenaciones voluntarias, o con el sustituto de ese consentimiento (la decisión o imposición de la autoridad), en las enajenaciones forzosas y en las derivadas del ejercicio de la «*actio communi dividundo*», y siempre que en estos dos últimos casos haya tenido lugar la debida intervención del cónyuge beneficiario del uso en el procedimiento correspondiente. Por lo tanto, bajo el cumplimiento de ese condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, al quedar extinguido dicho derecho de uso, no será oponible, en consecuencia, al adquirente del inmueble⁴⁰.

10. La renuncia del cónyuge usuario.

Según GÓMEZ GÁLLIGO⁴¹, la renuncia del derecho de uso por parte del cónyuge usuario y custodio de los hijos menores o incapacitados, con el consentimiento del cónyuge titular, no es causa de extinción del derecho de uso, a no ser que medie la autorización judicial o, en el supuesto de hijos mayores de edad dependientes económicamente, la ratificación de estos.

ELORRIAGA DE BONIS y RODRÍGUEZ CHACÓN⁴² entienden también que, existiendo hijos (menores o incapacitados), el acuerdo extintivo de los cónyuges o la renuncia unilateral del cónyuge usuario no pueden realizarse en perjuicio de los hijos, por lo que se requiere la correspondiente autorización judicial.

A mi juicio, existiendo hijos menores de edad o incapacitados, la renuncia formal por el cónyuge titular del uso y custodio extingue el derecho de uso sobre la vivienda familiar, al menos, mediando el consentimiento del cónyuge propietario y sin necesidad de autorización judicial; ello por las siguientes razones:

— Porque la defensa del interés del hijo corresponde a los padres; y hay que tener en cuenta que el cónyuge usuario puede optar por marcharse de la vivienda familiar, eligiendo otra vivienda como residencia, en cuyo caso los hijos quedarán bajo su compañía, en su calidad de cónyuge custodio.

— Porque, como señala SALAZART BORT⁴³, no se puede restringir la libertad de circulación y residencia de todos los ciudadanos, consagrada en el artículo 19 de la Constitución española; en otras palabras, no se puede obligar a uno de los cónyuges a permanecer en la vivienda familiar, de modo que, si su voluntad es marcharse, lo hará, con o sin la aprobación judicial del correspondiente acuerdo conyugal.

— Porque si la práctica totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia aceptan que el cese en el efectivo uso de la vivienda familiar por parte del cónyuge titular del uso provoca la extinción del derecho de uso, lo mismo ocurrirá con la renuncia formal del derecho de uso por parte de dicho cónyuge.

— Y porque si, como dice la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 19 de enero de 2016, la enajenación voluntaria por los dos cónyuges, titular y usuario, de la vivienda familiar conlleva, como efecto primordial, la extinción del derecho de uso, y si, como también afirma el Centro Directivo, en Resolución de 19 de julio de 2011, el cónyuge titular del derecho de uso puede renunciar a él, por ejemplo, consintiendo la enajenación de la vivienda, igualmente será válido el acuerdo extintivo de los cónyuges o la renuncia unilateral del cónyuge atributario del uso.

11. El nuevo matrimonio o la convivencia marital del cónyuge usuario con un tercero en la vivienda familiar.

Esta polémica y controvertida causa de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar va a ser objeto de un particular examen en el subepígrafe siguiente.

Por último, como expone ORDÁS ALONSO con referencia a las diferentes causas de extinción del derecho de uso, hay circunstancias que se traducen en una automática extinción, sin más requerimientos, mientras que la mayoría de ellas hacen necesario acudir a un procedimiento judicial de modificación de medidas por modificación de las circunstancias, para que la autoridad judicial se pronuncie sobre el particular.

Ello partiendo de la base de que las medidas definitivas adoptadas en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, y, entre ellas, la relativa a

la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, pueden verse modificadas, siempre que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción, *ex* artículos 90 y 91 del Código civil y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1. EXAMEN PARTICULAR DEL NUEVO MATRIMONIO O LA CONVIVENCIA MARITAL SOBREVENIDA DEL CÓNYUGE USUARIO CON TERCERA PERSONA

Dice LEFEBVRE⁴⁴ que la vivienda sobre la que se establece el uso es aquella en la que la familia convivió como tal antes de la quiebra familiar. Y este estatus de vivienda familiar desaparece con la entrada de un tercero, pareja del progenitor usuario y custodio, porque la vivienda deja de servir a los fines del matrimonio.

No se niega que, al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad, el cónyuge usuario y custodio pueda establecer nuevas relaciones de pareja con quien estime conveniente. Lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio del progenitor no usuario y no custodio.

Y es que, tras la ruptura del matrimonio, una nueva relación de pareja tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la vivienda familiar e, incluso, en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de las circunstancias que se tuvieron en cuenta inicialmente y que deberán tenerse en cuenta en relación a lo que aquí se cuestiona, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código civil.

Añade LEFEBVRE que el interés prevalente del menor puede satisfacerse no solo con el hecho de mantenerlo en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio. Y ese interés, aunque prioritario, no puede desvincularse absolutamente del interés de sus padres, si es posible conciliarlos.

Pues bien, sobre la base de estas consideraciones, se plantea el problema de las posibles repercusiones del ulterior matrimonio o la convivencia marital (*«more uxorio»*) del cónyuge usuario y custodio con una tercera persona en la propia vivienda familiar; y, en concreto, el problema de la subsistencia o extinción del derecho de uso sobre la casa familiar.

La doctrina y la jurisprudencia no tienen una respuesta unánime.

Buena parte de la jurisprudencia ha venido considerando que el ulterior matrimonio o la convivencia análoga al matrimonio del progenitor usuario y custodio (con un tercero) en nada afecta a la atribución a los hijos co-

munes del uso de la vivienda familiar y, por lo tanto, no puede suponer la extinción del derecho de uso.

Y así, MANZANO FERNÁNDEZ⁴⁵, en un detallado estudio sobre esta cuestión, recoge varias sentencias que van en esa dirección.

La STS de 19 de enero de 2017 afirma que, por ser la vivienda uno de los derechos humanos fundamentales y por ser un reducto de la intimidad de su titular, en uso de su libertad personal, el progenitor a quien se le atribuye el uso puede establecer relaciones estables de pareja con quien estime conveniente, pues la inviolabilidad del domicilio determina no solamente la facultad de excluir o impedir la entrada y permanencia en el mismo de cualquier persona, sino también la de permitir la entrada y permanencia en su domicilio de cualquier persona, siempre que no perjudique los intereses de los hijos. Entenderlo de otro modo conduciría a impedir al cónyuge o progenitor custodio su convivencia con hijos habidos de otras uniones, con infracción del deber constitucional de prestar asistencia a los hijos habidos fuera o dentro del matrimonio⁴⁶.

La SAP de Lérida de 17 de noviembre de 2015 señala que no puede establecerse ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores por esta circunstancia, porque lo que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos del menor.

Por su parte, la SAP de Madrid de 10 de julio de 2017 se decanta a favor de la ocupación de la vivienda familiar por un tercero, aun sin el consentimiento del cónyuge titular, argumentando:

— Que no integra un supuesto de abuso de derecho, pues el comportamiento que se reprocha al cónyuge usuario y custodio (convivencia marital en la vivienda familiar con su actual pareja) no resulta contrario a la ley, sin que concurra, por lo demás, el requisito del daño que exige el artículo 7-2 del Código civil.

— Que no hay perjuicio económico derivado de la utilización de la vivienda por un tercero que no paga nada por ello (y que, además, tiene una vivienda en propiedad), sino que dicho perjuicio trae causa de la prevalencia del interés de los menores y no del comportamiento del cónyuge usuario y custodio, que se atiene, en el ejercicio del derecho de uso, a la finalidad que le es propia.

— Y que, como el Código civil no contempla la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar por convivencia marital del cónyuge ocupante, ni siquiera para el caso de que no haya hijos comunes, solo cabe entender que se haya podido producir una «alteración sustancial de las circunstancias» que podrían motivar la modificación de la medida. Sin embargo, dado que el criterio de atribución del uso suele ser el del interés de los hijos, si este no ha cambiado, la ocupación por un tercero no

se considera, en general, con fuerza suficiente para entender producida la alteración sustancial citada⁴⁷.

En cambio, hay sentencias, recogidas también por MANZANO FERNÁNDEZ y LEFEBVRE, que se decantan por la incompatibilidad del derecho de uso y la convivencia marital con un tercero, cuando la atribución del uso tiene como beneficiarios al cónyuge y a los hijos. Ello porque el título de ocupación no permite el uso a personas ajenas al entorno familiar.

Y así, la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 razona que resulta absurdo que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial, asignada al cónyuge y al hijo de su matrimonio, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad de acción del cotitular de la vivienda, concluyendo que, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con una tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que, a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio, debe ordinariamente suceder, forme un nuevo hogar, renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando. Así se conjugan perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor y el principio que impide el enriquecimiento y el abuso del derecho⁴⁸.

Para la SAP de Madrid de 12 de junio de 2018, el supuesto de hecho que estamos analizando constituye una extralimitación no contemplada, en modo alguno, en la inicial regulación del mentado derecho de uso, que contemplaba, como únicos beneficiarios del mismo, a la madre y a los hijos, dándose, además, la circunstancia de tratarse de una vivienda de exclusiva titularidad del otro progenitor.

Y la SAP de Valencia de 20 de julio de 2015 entiende que el supuesto de hecho es posible causa de extinción del derecho de uso, por implicar un cambio sustancial de las circunstancias⁴⁹.

Por último, también en esta línea, hay que resaltar la STS de 20 de noviembre de 2018, que ha dado un importantísimo giro a la orientación de sus fallos anteriores, al sentar, como doctrina jurisprudencial, que la convivencia estable del cónyuge usuario con un tercero es causa de extinción del uso de la vivienda familiar.

En efecto, como expone MANZANO FERNÁNDEZ, esta sentencia del Tribunal Supremo ha resuelto la controvertida cuestión de los efectos que produce la convivencia con una nueva pareja de la progenitora que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores.

El Pleno afirma que la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, se podía seguir considerando como vivienda familiar, en cuanto servía a un determinado grupo familiar,

aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y en el ámbito material de la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar, por servir, en su uso, a una familia distinta y diferente.

Por eso, no puede calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio, por lo que no tiene sentido que los hijos y el cónyuge custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad de gananciales existente entre ambos progenitores.

A todo ello añade el Alto Tribunal la siguiente argumentación:

— *Primero*: la presencia de un tercero en la vivienda cambia el estatus del domicilio familiar.

No se cercena el derecho de establecer nuevas relaciones de la pareja tras el divorcio; pero esa nueva relación no puede actuar en contra del progenitor no usuario y no custodio, porque tiene influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e, incluso, en el interés de los hijos, al introducirse nuevos elementos de valoración que primitivamente no se tuvieron en cuenta.

— *Segundo*: el interés del menor es una suma de distintos factores.

Para evitar la desestabilización del niño, no solo es primordial mantenerlo en el mismo ambiente, sino también que los padres den una respuesta adecuada a los problemas económicos.

La doble ubicación de los progenitores comporta una serie de gastos, sobre todo en las economías más débiles, cuando uno de aquellos debe abandonar el domicilio familiar. Si es posible atender el interés del menor con una vivienda alternativa y valorando los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas, deben respetarse todos los intereses legítimos concurrentes.

En el supuesto de hecho, el carácter ganancial del inmueble favorece la posibilidad real de seguir ocupándolo, si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y se adquiere otra vivienda.

— *Tercero*: el derecho de uso de la vivienda familiar existe o deja de existir en función de las circunstancias concurrentes. Por eso, se mantiene mientras la casa conserve el carácter de vivienda familiar, pero se pierde cuando el inmueble no tiene dicho carácter, porque dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial.

Así pues, esta sentencia ha roto el criterio tradicional del Tribunal Supremo de atender únicamente al interés del menor para la atribución del uso de la vivienda familiar y el mantenimiento de la misma hasta la mayoría de edad de los hijos.

BERROCAL LANZAROT⁵⁰ y ORDÁS ALONSO⁵¹ entienden que los cónyuges, en el convenio regulador, pueden acordar, como causa de extinción del derecho de uso, el ulterior matrimonio o la convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona, por servir en su uso la vivienda familiar a una familia diferente.

Y, de no existir tal pacto en el convenio regulador, el cónyuge no usuario puede solicitar dicha extinción a través de un procedimiento judicial de modificación de medidas, por suponer un cambio sustancial de las circunstancias que determinaron la inicial atribución del uso de la vivienda familiar. Ello al entender que el núcleo familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado alterado en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar y generando, con ello, una total desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente pactado a favor de la originaria unidad familiar monoparental (cónyuge custodio e hijos menores de edad), siendo indiferente que la vivienda pertenezca a ambos cónyuges o únicamente al cónyuge no usuario⁵².

A) La modificación de medidas definitivas por la circunstancia sobrevenida del nuevo matrimonio o la convivencia marital de un tercero en la vivienda familiar

Afirma MANZANO FERNÁNDEZ que la posibilidad de la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar por el ulterior matrimonio o la convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra pareja está prevista en la legislación catalana.

En cambio, el Código civil solo valora el ulterior matrimonio o la convivencia marital del progenitor custodio con un tercero en orden a la extinción de la pensión compensatoria (art. 101 CC), pero no en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Sin embargo, como reconoce MANZANO FERNÁNDEZ, citando a CUENA CASAS, la entrada en escena de la nueva pareja conviviente con el beneficiario del uso supone un detrimento económico del cónyuge no usuario y no custodio, que «mantiene», al menos, en lo que a la habitación se refiere, a la nueva pareja de su excónyuge (pareja ajena al procedimiento y beneficiaria de facto, sin haber sido designada como tal en la resolución judicial que atribuye el uso), y genera situaciones de impotencia y conflicto que perjudican al menor directamente, además de conllevar un abuso de derecho y un enriquecimiento injusto costado por el cónyuge no usuario y titular de la vivienda.

Por eso, ante la eventualidad de que no se acepte por el tribunal juzgador la extinción del uso de la vivienda familiar, se ha planteado la posibilidad de la

modificación de las medidas definitivas judicialmente adoptadas, estableciendo una indemnización de los daños y perjuicios causados o una compensación económica a favor del cónyuge no usuario y titular de la vivienda, por implicar el nuevo matrimonio o la referida convivencia «*more uxorio*» un cambio o alteración sustancial de las circunstancias, en virtud de los artículos 90-3 y 91 del Código civil y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sin perjuicio de la extinción de la pensión compensatoria por dicho nuevo matrimonio o convivencia marital del perceptor de aquella con un tercero, *ex art.* 101 CC).

De este modo, la SAP de Madrid de 23 de octubre de 2014 estimó procedente la medida consistente en la rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los hijos menores, al convivir en la vivienda el excónyuge con su nueva pareja y el hijo de ambos, junto a los hijos comunes de los excónyuges.

Entiende la sentencia que se trata de un hecho nuevo y de entidad suficiente que debe tener trascendencia en el orden económico, por lo que la medida económica adecuada es la modificación de la pensión de alimentos a favor de los hijos acordada, en su día, en la sentencia de divorcio. Los gastos de comunidad y los de la empleada de hogar, que se valoraron para cuantificar la pensión de alimentos, son gastos de los que, ahora, se beneficia la nueva familia en perjuicio del demandante, por lo que, al formar la vivienda familiar parte integrante del concepto de alimentos, está obligación deberá recaer sobre ambos progenitores y no solamente sobre el no usuario y no custodio.

En sentido similar se pronuncian las SSTs de 19 de enero y 8 de marzo de 2017 y la SAP de Tenerife de 10 de junio de 2013.

VI. CONCLUSIONES

I. Tal como ya se resaltó en las conclusiones de la primera parte, en mi opinión, y, como conclusión central del presente trabajo, que ha guiado el hilo conductor del mismo, el derecho de uso sobre la vivienda familiar no es un derecho real porque, si lo fuera, no sería preciso el consentimiento del cónyuge usuario que exige el artículo 96 del Código civil para que el cónyuge titular de la vivienda familiar pueda realizar actos de disposición sobre la misma.

En realidad, creo que se puede afirmar que es un derecho de ocupación y posesión exclusiva de la vivienda familiar por uno de los cónyuges, de carácter no personal ni real, sino familiar y «*sui generis*», que se caracteriza por tres notas fundamentales:

— Porque atribuye la posesión exclusiva de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, eliminando o destruyendo, así, la posesión compartida o coposesión existente hasta el momento de la crisis matrimonial.

— Porque produce, como efecto único, exclusivo y consustancial, una limitación, oponible «*erga omnes*», impuesta por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil a la facultad de disponer del cónyuge titular de la vivienda familiar, consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, autorización judicial, para cualquier acto de disposición sobre la vivienda; consentimiento o autorización judicial supletoria que es condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, de modo que el acto dispositivo realizado sin ese requisito será anulable, por incumplimiento de dicho condicionante. Y, para que esta limitación o prohibición de disponer sea verdaderamente efectiva y oponible a terceros, se declara inscribible en el Registro de la Propiedad.

— Y porque se agota o extingue, como tal derecho familiar, una vez realizado el acto dispositivo, con ese preceptivo consentimiento o autorización judicial supletoria, en las enajenaciones voluntarias, o con el sustituto de ese consentimiento (la decisión o imposición de la autoridad), en las enajenaciones forzosas y en las derivadas del ejercicio de la «*actio communi dividundo*», y siempre que en estos dos últimos casos haya tenido lugar la debida intervención del cónyuge beneficiario del uso en el procedimiento correspondiente. Por lo tanto, bajo el cumplimiento de esa premisa o condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, al quedar extinguido dicho derecho de uso, no será oponible, en consecuencia, al adquirente del inmueble.

Si ello es así, a mi juicio, lo que es oponible «*erga omnes*» y con carácter inmediato no es el derecho familiar de ocupación, en sí mismo considerado, sino la mera limitación o prohibición de disponer del cónyuge titular registral dominical, y tan solo, mediatamente, el derecho de ocupación, en caso de incumplimiento del condicionante ínsito en dicha limitación o prohibición: el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, la autorización judicial supletoria para el acto dispositivo realizado sobre el hogar familiar.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 135/1986, de 31 de octubre

2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 de septiembre de 1988
- STS de 2 de mayo de 1990

- STS de 13 de diciembre de 1991
- STS de 11 de diciembre de 1992
- STS de 22 de diciembre de 1992
- STS de 25 de mayo de 1993
- STS de 29 de abril de 1994
- STS de 14 de julio de 1994
- STS de 18 de octubre de 1994
- STS de 31 de diciembre de 1994
- STS de 18 de febrero de 1995
- STS de 16 de diciembre de 1995
- STS de 16 de diciembre de 1996
- STS de 4 de abril de 1997
- STS de 22 de abril de 1997
- STS de 27 de enero de 1998
- STS de 21 de diciembre de 1998
- STS de 3 de mayo de 1999
- STS de 1 de abril de 2001
- STS de 15 de febrero de 2002
- STS de 11 de diciembre de 2002
- STS de 28 de marzo de 2003
- STS de 22 de abril de 2004
- STS de 14 de diciembre de 2004
- STS de 25 de mayo de 2005
- STS de 26 de diciembre de 2005
- STS de 8 de mayo de 2006
- STS de 20 de junio de 2006
- STS de 26 de junio de 2007
- STS de 5 de noviembre de 2008
- STS de 3 de diciembre de 2008
- STS de 14 de enero de 2009
- STS de 14 de enero de 2010
- STS de 18 de enero de 2010
- STS de 8 de octubre de 2010
- STS de 22 de noviembre de 2010
- STS de 28 de marzo de 2011
- STS de 1 de abril de 2011
- STS de 14 de abril de 2011
- STS de 21 de junio de 2011
- STS de 5 de septiembre de 2011
- STS de 27 de febrero de 2012
- STS de 30 de marzo de 2012
- STS de 9 de mayo de 2012

- STS de 30 de mayo de 2012
- STS de 31 de mayo de 2012
- STS de 22 de noviembre de 2012
- STS de 26 de noviembre de 2012
- STS de 22 de enero de 2013
- STS de 5 de febrero de 2013
- STS de 15 de marzo de 2013
- STS de 17 de junio de 2013
- STS de 13 de julio de 2013
- STS de 17 de octubre de 2013
- STS de 11 de noviembre de 2013
- STS de 19 de noviembre de 2013
- STS de 12 de febrero de 2014
- STS de 17 de febrero de 2014
- STS de 3 de abril de 2014
- STS de 29 de mayo de 2014
- STS de 2 de junio de 2014
- STS de 16 de junio de 2014
- STS de 25 de septiembre de 2014
- STS de 24 de octubre de 2014
- STS de 28 de noviembre de 2014
- STS de 16 de enero de 2015
- STS de 6 de marzo de 2015
- STS de 1 de abril de 2015
- STS de 18 de mayo de 2015
- STS de 29 de mayo de 2015
- STS de 15 de julio de 2015
- STS de 30 de octubre de 2015
- STS de 3 de marzo de 2016
- STS de 21 de julio de 2016
- STS de 21 de septiembre de 2016
- STS de 6 de octubre de 2016
- STS de 19 de enero de 2017
- STS de 22 de febrero de 2017
- STS de 8 de marzo de 2017
- STS de 20 de junio de 2017
- STS de 13 de septiembre de 2017
- STS de 22 de septiembre de 2017
- STS de 27 de septiembre de 2017
- STS de 10 de enero de 2018
- STS de 14 de febrero de 2018
- STS de 20 de febrero de 2018

- STS de 9 de mayo de 2018
- STS de 27 de junio de 2018
- STS de 20 de noviembre de 2018
- STS de 12 de junio de 2020

3. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- ATSJ de Cataluña de 11 de abril de 1994

4. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Alicante de 17 de julio de 2008
- SAP de Alicante de 14 de enero de 2010
- SAP de Alicante de 7 de febrero de 2011
- SAP de Alicante de 22 de junio de 2018
- SAP de Almería de 29 de junio de 1994
- SAP de Almería de 19 de marzo de 2007
- SAP de Asturias de 10 de julio de 1995
- SAP de Asturias de 29 de abril de 1998
- SAP de Asturias de 16 de junio de 2004
- SAP de Asturias de 13 de mayo de 2005
- SAP de Badajoz de 5 de mayo de 2011
- SAP de Baleares de 25 de octubre de 1999
- SAP de Baleares de 23 de septiembre de 2002
- SAP de Baleares de 5 de febrero de 2003
- SAP de Baleares de 11 de octubre de 2011
- SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 1989
- SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1993
- SAP de Barcelona de 22 de marzo de 1999
- SAP de Barcelona de 20 de septiembre de 1999
- SAP de Barcelona de 10 de enero de 2001
- SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2004
- SAP de Barcelona de 5 de julio de 2005
- SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2006
- SAP de Barcelona de 8 de febrero de 2007
- SAP de Barcelona de 16 de febrero de 2007
- SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2007
- SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008
- AAP de Barcelona de 15 de marzo de 2011
- SAP de Barcelona de 20 de julio de 2016

- SAP de Burgos de 9 de diciembre de 2003
- SAP de Burgos de 30 de octubre de 2012
- SAP de Cáceres de 11 de junio de 2002
- SAP de Cáceres de 21 de julio de 2010
- SAP de Cádiz de 16 de septiembre de 2002
- SAP de Cádiz de 6 de julio de 2010
- SAP de Cádiz de 7 de junio de 2011
- SAP de Cádiz de 14 de junio de 2016
- SAP de Ciudad Real de 5 de febrero de 2003
- SAP de La Coruña de 25 de febrero de 2011
- SAP de La Coruña de 31 de octubre de 2012
- SAP de La Coruña de 15 de marzo de 2016
- SAP de Gerona de 16 de abril de 2012
- SAP de Guadalajara de 7 de diciembre de 2012
- SAP de Huelva de 21 de octubre de 2013
- SAP de León de 26 de mayo de 1999
- SAP de León de 30 de diciembre de 2008
- SAP de León de 14 de enero de 2010
- SAP de Lérida de 17 de noviembre de 2015
- SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000
- SAP de Madrid de 25 de mayo de 2001
- SAP de Madrid de 13 de marzo de 2003
- SAP de Madrid de 21 de febrero de 2005
- SAP de Madrid de 19 de julio de 2005
- SAP de Madrid de 21 de febrero de 2007
- SAP de Madrid de 25 de septiembre de 2007
- SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2007
- SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2007
- SAP de Madrid de 17 de abril de 2008
- SAP de Madrid de 18 de septiembre de 2009
- SAP de Madrid de 9 de mayo de 2011
- SAP de Madrid de 23 de mayo de 2011
- SAP de Madrid de 24 de enero de 2012
- SAP de Madrid de 7 de junio de 2013
- SAP de Madrid de 8 de enero de 2014
- SAP de Madrid de 23 de octubre de 2014
- SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2015
- SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2015
- SAP de Madrid de 19 de enero de 2016
- SAP de Madrid de 29 de enero de 2016
- SAP de Madrid de 18 de febrero de 2016
- SAP de Madrid de 10 julio de 2017

- SAP de Madrid de 27 de febrero de 2018
- SAP de Madrid de 23 de mayo de 2018
- SAP de Madrid de 12 de junio de 2018
- SAP de Madrid de 18 de junio de 2018
- SAP de Madrid de 28 de junio de 2018
- SAP de Madrid de 2 de abril de 2019
- SAP de Madrid de 5 de abril de 2019
- SAP de Madrid de 16 de julio de 2019
- SAP de Madrid de 17 de julio de 2019
- SAP de Málaga de 15 de junio de 2004
- SAP de Málaga de 8 de abril de 2016
- SAP de Murcia de 2 de junio de 2003
- SAP de Murcia de 1 de octubre de 2004
- SAP de Murcia de 26 de octubre de 2004
- SAP de Murcia de 22 de mayo de 2006
- SAP de Murcia de 11 de septiembre de 2007
- SAP de Murcia de 5 de febrero de 2009
- SAP de Murcia de 19 de febrero de 2009
- SAP de Murcia de 16 de julio de 2009
- SAP de Murcia de 9 de diciembre de 2009
- SAP de Murcia de 8 de octubre de 2012
- SAP de Navarra de 25 de mayo de 1999
- SAP de Navarra de 1 de septiembre de 2001
- SAP de Las Palmas de 22 de julio de 1998
- SAP de Las Palmas de 18 de mayo de 2007
- SAP de Las Palmas de 15 de octubre de 2007
- SAP de Las Palmas de 25 de enero de 2015
- SAP de Pontevedra de 3 de mayo de 2016
- SAP de Sevilla de 25 de abril de 2005
- SAP de Sevilla de 13 de noviembre de 2007
- SAP de Sevilla de 23 de enero de 2012
- SAP de Sevilla de 20 de junio de 2013
- SAP de Tenerife de 12 de abril de 2013
- SAP de Tenerife de 10 de junio de 2013
- SAP de Toledo de 23 de marzo de 1995
- SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2002
- SAP de Valencia de 17 de junio de 2004
- SAP de Valencia de 23 de julio de 2008
- SAP de Valencia de 12 de septiembre de 2011
- SAP de Valencia de 1 de junio de 2015
- SAP de Valencia de 20 de julio de 2015
- SAP de Valladolid de 22 de diciembre de 1995

- SAP de Valladolid de 17 de enero de 2007
- SAP de Valladolid de 19 de junio de 2015
- SAP de Vizcaya de 30 de abril de 2004
- SAP de Vizcaya de 17 de marzo de 2009
- SAP de Vizcaya de 15 de enero de 2010

5. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 25 de febrero de 1988
- RDGRN de 9 de marzo de 1988
- RDGRN de 10 de marzo de 1988
- RDGRN de 30 de marzo de 1995
- RDGRN de 10 de noviembre de 1995
- RDGRN de 1 de septiembre de 1998
- RDGRN de 25 de octubre de 1999
- RDGRN de 31 de marzo de 2000
- RDGRN de 28 de noviembre de 2002
- RDGRN de 17 de diciembre de 2002
- RDGRN de 5 de febrero de 2003
- RDGRN de 18 de octubre de 2003
- RDGRN de 18 de diciembre de 2003
- RDGRN de 20 de febrero de 2004
- RDGRN de 21 de junio de 2004
- RDGRN de 28 de mayo de 2005
- RDGRN de 25 de octubre de 2005
- RDGRN de 21 de enero de 2006
- RDGRN de 3 de junio de 2006
- RDGRN de 6 de julio de 2007
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007
- RDGRN de 18 de enero de 2008
- RDGRN de 21 de enero de 2008
- RDGRN de 5 de junio de 2008
- RDGRN de 27 de agosto de 2008
- RDGRN de 10 de octubre de 2008
- RDGRN de 29 de octubre de 2008
- RDGRN de 14 de mayo de 2009
- RDGRN de 18 de noviembre de 2009
- RDGRN de 10 de octubre de 2010
- RDGRN de 9 de enero de 2011
- RDGRN de 1 de marzo de 2011
- RDGRN de 1 de abril de 2011

- RDGRN de 14 de abril de 2011
- RDGRN de 21 de junio de 2011
- RDGRN de 19 de julio de 2011
- RDGRN de 26 de enero de 2012
- RDGRN de 11 de abril de 2012
- RDGRN de 19 de mayo de 2012
- RDGRN de 30 de mayo de 2013
- RDGRN de 5 de julio de 2013
- RDGRN de 9 de julio de 2013
- RDGRN de 8 de mayo de 2014
- RDGRN de 2 de junio de 2014
- RDGRN de 26 de julio de 2014
- RDGRN de 29 de septiembre de 2014
- RDGRN de 16 de octubre de 2014
- RDGRN de 24 de octubre de 2014
- RDGRN de 23 de marzo de 2015
- RDGRN de 8 de abril de 2015
- RDGRN de 18 de mayo de 2015
- RDGRN de 29 de mayo de 2015
- RDGRN de 21 de septiembre de 2015
- RDGRN de 11 de noviembre de 2015
- RDGRN de 19 de enero de 2016
- RDGRN de 27 de febrero de 2016
- RDGRN de 5 de septiembre de 2016
- RDGRN de 20 de octubre de 2016
- RDGRN de 4 de septiembre de 2017
- RDGRN de 27 de diciembre de 2017
- RDGRN de 11 de enero de 2018
- RDGRN de 8 de marzo de 2018
- RDGRN de 30 de mayo de 2018
- RDGRN de 16 de mayo de 2019
- RDGRN de 20 de junio de 2019

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J. (2010). La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Diario La Ley*, núm. 7378, 12 de abril de 2010, 1-8.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1989). *Derecho Civil, tomo III, volumen segundo*, 6.^a edición, Barcelona: Bosch.

- (2008). *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 11.^a edición, Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2005). *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid: Lex Nova.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, 3458-3508.
- (2014). Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 1347-1375.
- (2017). Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 1964-2005.
- (2019). La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2002-2042.
- CALMARZA CUENCAS, E. (2018). La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, núm. 37, 22-36.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, 1583-1626.
- CUENA CASAS, M. (2017). El régimen jurídico de la vivienda habitual. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, Vol. III*, 2.^a edición, Pamplona: Aranzadi, 297.
- CURIEL LORENTE, F. (2002). Las situaciones anómalas del matrimonio ante el Registro de la Propiedad. En: F. Corral Dueñas (coord.), *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España, años 1986-2001*, tomo I, Madrid: Colegio de Registradores, 431.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2011). Atribución temporal del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 3451-3463.
- (2012). Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, 2836-2851.
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2359-2379.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1961). La situación jurídica del matrimonio separado. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 897.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2012). La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico civil. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 3.
- DROMANT JARQUE, G. (2005). Comentario al trabajo de M.^a T. Martín Meléndez, Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar, atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio, y sus consecuencias, en especial en los actos de disposición, *Lunes Cuatro Treinta*, núm. 412, 35-41.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Pamplona: Aranzadi.
- GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español. *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, 74.

- GARCÍA CANTERO, G. y CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.^a. (1987). *Derecho civil español, común y foral, tomo quinto, Derecho de familia, volumen primero*, 11.^a edición, Madrid: Reus.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2019) *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario, tomo II*, 1.^a edición, Pamplona: Civitas, Aranzadi, Thomson Reuters.
- GARCÍA-VALDECASAS y ALEX, F.J. (1996). Uso familiar: un nuevo derecho. *Lunes cuatro treinta*, núm. 191, 20-25.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1996). Modificación de convenio judicial en virtud de escritura pública otorgada por ex cónyuges renunciando al derecho de uso. *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 67, 167-168.
- (1996). Efectos de la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar. *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 68, 146-148.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2519-2525.
- (2013). La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 1133-1150.
- (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1893-1912.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (2013). Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2203-2252.
- ISAC AGUILAR, A. (1986). Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio; el uso de la vivienda conyugal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 577, 1721-1735.
- JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J.R. (1993) Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial. *Boletín del Colegio de Registradores* núm. 296, 1940-1947.
- LEFEBVRE, F. (2019). *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*. Colección Derecho de Familia, 4.^a ed., Madrid: Lefebvre-el Derecho S.A.
- LÓPEZ FRÍAS, A. (2012). El derecho de uso ex artículo 96 del Código civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 111-136.
- LUCINI CASALES, A. (1990). La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 88-116.
- LUNA SERRANO, A. (1990). Invalidez, relajación y disolución del matrimonio. En: J.L. Lacruz Berdejo. *Derecho de familia, volumen primero*, 3.^a edición, Barcelona: Bosch, 245-246.
- LUQUE JIMÉNEZ, M. (2012). La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.
- (2012). La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 907-934.

- MANZANO FERNÁNDEZ, M. (2019) Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 774, 1779-1806.
- MORENO VELASCO, V. (2009). Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho. *Diario la Ley*, 2 de febrero de 2009, edición digital, 2.
- MOYA MEDINA, S. (2006). Vivienda familiar. Problemática en el derecho de uso y la liquidación de la sociedad de gananciales (I). *Base de Datos el Derecho*, 4-5.
- ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, 1.ª edición, Las Rozas (Madrid): Bosch, Wolters Kluwer España S.A.
- PANIZA FULLANA, A. (2014). Atribución del uso de la vivienda familiar versus derecho de propiedad (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 6.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar. En: *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de Hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.ª edición, Valladolid: Lex Nova, 524. Cfr., igualmente, las SSTs de 21 de julio de 2016 y 13 de septiembre de 2017.
- PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Madrid: Reus, 25.
- ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 96 del Código civil. En: Ministerio de Justicia, Tomo 51 *Comentarios al Código civil*. Madrid, 401.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (1999). La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, 56.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1982). Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación). *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* núm. 553, 1599-1626.
- RUIZ RICO, J.A. (1993). Uso de la vivienda familiar (nulidad, separación y divorcio) en su relación con el Registro de la Propiedad. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 296, 1929-1940.
- SALAZART BORT, S. El uso de la vivienda familiar. (2006). En: J.M. Llopis Giner (dir.). *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 188.
- SANTOS MORÓN, M.ª J. (2014). 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. I, núm. 3, 1-36.
- SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio. *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, 107-108.
- TENA PIAZUELO, I. (2016). Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la sentencia de 16 de enero de 2015. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 11-12.

NOTAS

¹ Según la STS de 30 de mayo de 2012, aunque el artículo 96-1 del Código civil no mencione a los hijos incapacitados, deben incluirse en este precepto (en los casos de prórroga o rehabilitación de la patria potestad, *ex art.* 171 CC) y, por lo tanto, deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección que el de los menores.

² Ello no obstante, como señala LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 34-35, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de contemplar supuestos concretos no previstos en el artículo 96, párrafo primero, del Código civil, donde no es posible la aplicación de la literalidad de la norma. Y, así, p. ej., en Sentencia de 14 de febrero de 2018, declara el Alto Tribunal que no cabe la atribución automática del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de las partes y al cónyuge en cuya compañía queden, cuando en dicha vivienda conviven también hijos menores del otro progenitor, fruto de una relación anterior, de los que ostenta, además, su guarda y custodia, debiéndose ponderar, en ese caso, el interés más necesitado de protección.

³ Todo ello a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones forales, como la de Cataluña, el País Vasco y Aragón, donde, como regla de principio, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos, si bien ello admite excepciones.

⁴ Máxime cuando la vivienda pertenece a un tercero y el cónyuge usuario y los hijos pueden ser desalojados en cualquier momento mediante el ejercicio de una acción de desahucio por precario, lo que puede llevar al tribunal a asignar otra vivienda para salvaguardar el interés superior del menor; *cfr.* la STS de 15 de marzo de 2013 y la SAP de Murcia de 26 de octubre de 2004.

⁵ BERROCAL LANZAROT, A.I., La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar..., *op. cit.*, 2008-2011.

⁶ *Cfr.* la RDGRN de 10 de octubre de 2008.

⁷ PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar. En: *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de Hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.ª edición, Valladolid: Lex Nova, 524. *Cfr.*, igualmente, las SSTs de 21 de julio de 2016 y 13 de septiembre de 2017.

⁸ *Cfr.*, entre otras, las SSTs de 24 de octubre de 2014, 22 de septiembre de 2017, 20 de febrero de 2018 y 12 de junio de 2020.

⁹ *Cfr.* las SSTs de 24 de octubre de 2014 y 10 de enero de 2018.

¹⁰ *Cfr.* las SSTs de 22 de septiembre de 2017, 10 de enero y 9 de mayo de 2018 y 12 de junio de 2020.

¹¹ *Cfr.* la STS de 24 de octubre de 2014.

¹² BERROCAL LANZAROT, A.I. (2017). Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 1972.

¹³ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 244-249.

¹⁴ Como seguidores de esta opinión, cita ORDÁS ALONSO, entre otros, a ABAD ARENAS, CUENA CASAS, ROCA TRÍAS y SANTOS BRIZ. En igual sentido, la SAP de Las Palmas de 25 de enero de 2005.

¹⁵ Partidarios de esta postura, seguida por ORDÁS ALONSO, se muestran, entre otros, GARCÍA CANTERO, GUILARTE MARTÍN-CALERO, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ y DE VERDA Y BEAMONTE, todos ellos citados por ORDÁS ALONSO. Por su parte, el Código civil de Cataluña, en su artículo 233-20.3.b), establece la atribución del uso al cónyuge más necesitado, si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad; y, en su artículo 233-24.1, contempla como causa de extinción del derecho de uso la finalización de la guarda.

¹⁶ DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2012). Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, 2836-

2851. Destacan también, entre otras, las SSTS de 11 de noviembre de 2013; 12 de febrero de 2014; 29 de mayo de 2015; 6 de octubre de 2016; 20 de junio y 27 de septiembre de 2017; y, en el ámbito de la jurisprudencia menor, las Sentencias de la AP de Madrid de 6 de noviembre de 2015 y de la AP de Cádiz de 14 de junio de 2016.

¹⁷ Hay que tener en cuenta la diferencia de tratamiento legal que reciben los hijos menores frente a los mayores de edad. Y así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional del artículo 39 de la Constitución española, no ocurre lo mismo en el caso de los mayores de edad, salvo que una ley así lo establezca. Y este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda familiar, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría de edad, por entender que el artículo 96 del Código civil no depara la misma protección a los mayores.

¹⁸ BERROCAL LANZAROT, A.I., Aspectos relevantes en torno..., *op. cit.*, 1978-1981.

¹⁹ Como defensores de este criterio, cita BERROCAL LANZAROT a FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO y a PÉREZ MARTÍN. En esta misma línea, las Sentencias de la AP de Asturias de 10 de julio de 1995; de la AP de Ciudad Real de 5 de febrero de 2003; de la AP de Madrid de 21 de febrero de 2005; de la AP de Murcia de 22 de mayo de 2006; de la AP de Madrid de 17 de abril de 2008 y de la AP de Murcia de 5 de febrero de 2009.

²⁰ Como defensores de este criterio, cita BERROCAL LANZAROT a RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, a CASTILLA BAREA y a CABEZUELO ARENAS. En esta misma línea, las Sentencias de la AP de León de 26 de mayo de 1999; de la AP de Barcelona de 20 de septiembre de 1999; de la AP de Valencia de 17 de junio de 2004; de la AP de Murcia de 1 de octubre de 2004; de la AP de Alicante de 17 de julio de 2008; de la AP de Vizcaya de 15 de enero de 2010 y de la AP de la Coruña de 25 de febrero de 2011.

²¹ También cita BERROCAL LANZAROT otras SSTS que optan por la misma solución, la cual se ha mantenido como doctrina jurisprudencial hasta la actualidad: las Sentencias de 5 de noviembre de 2008; de 22 y 26 de noviembre de 2012; de 17 de febrero de 2014; y de 21 de julio y 21 de septiembre de 2016.

²² La SAP de Madrid de 9 de mayo de 2011, haciendo uso de la posibilidad de establecer cautelas en relación al uso de la vivienda (*ex art. 91 CC*), acuerda que, en tanto subsista la disparidad económica entre los propietarios de la vivienda, las cuotas hipotecarias se abonen en diferente proporción por cada excónyuge, sin perjuicio de la repercusión de este mayor abono en la liquidación de la sociedad de gananciales. Por una vía similar y al amparo del mismo precepto, la SAP de Badajoz de 5 de mayo de 2011 acuerda que el único condueño que percibe ingresos se haga cargo provisionalmente del pago de los recibos hipotecarios, pues, de lo contrario, dada la ausencia de ingresos del otro, se haría ilusoria la atribución del uso de la vivienda y correría peligro, incluso, la propia titularidad ganancial de la vivienda. La SAP de Vizcaya de 17 de marzo de 2009 impone el pago del préstamo hipotecario por entero al no beneficiario de la atribución del uso, considerándolo como una carga el matrimonio, que luego será tenida en cuenta en la liquidación del régimen económico matrimonial. Y la SAP de León de 30 de diciembre de 2008 entiende que, si bien la cuestión de quién paga el crédito hipotecario excede del ámbito de una sentencia de nulidad, separación o divorcio, puede en sentencia acordarse la obligación de pago como mera cautela o garantía, para asegurar el pago de deudas claramente gananciales, de cuya ineffectividad se puede derivar la pérdida de la vivienda familiar. En el Encuentro de jueces y abogados de familia de 2015 se señaló que en los procesos de familia contenciosos el juez debe pronunciarse sobre el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar común, sin modificar el título constitutivo, pues el acreedor hipotecario no interviene en el proceso y, por lo tanto, no puede verse afectado por la sentencia matrimonial y menos por los pronunciamientos que en la misma se recogen sobre la forma de pago de la hipoteca. LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 80.

²³ LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 80 y 81.

²⁴ Esto contrasta con el criterio de algunas Audiencias Provinciales, que optan por la asunción de estos gastos por mitad entre ambos cónyuges (cfr. las Sentencias de la AP de Cáceres de 11 de junio de 2002, de la AP de Cádiz de 7 de junio de 2011 y de la AP de Gerona de 16 de abril de 2012) o por el pago por el cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda (cfr. las Sentencias de la AP de Navarra de 25 de mayo de 1999, de la AP de Murcia de 11 de septiembre de 2007, de la AP de la Coruña de 31 de octubre de 2012 y de la AP de Madrid de 19 de enero de 2016).

²⁵ Cfr. la SAP de Madrid de 17 de julio de 2019.

²⁶ LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 95-96.

²⁷ MANZANO FERNÁNDEZ, M., Titularidad y atribución del uso....., *op. cit.*, 1799.

²⁸ BERROCAL LANZAROT, A.I., La extinción del derecho de uso....., *op. cit.*, 2012.

²⁹ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 177 y 182, también se muestra partidaria de una necesaria evolución hacia la temporalización en la atribución del uso, incluso en el supuesto de existencia de hijos menores del matrimonio.

³⁰ Cfr. las SSTs de 22 de septiembre de 2017, 10 de enero de 2018 y 12 de junio de 2020.

³¹ Cfr. la STS de 24 de octubre de 2014.

³² Cfr. las SSTs de 5 de septiembre de 2011, 30 de marzo de 2012, 11 de noviembre de 2013, 12 de febrero de 2014 y 29 de mayo de 2015.

³³ BERROCAL LANZAROT, A.I., Aspectos relevantes en torno....., *op. cit.*, 1976.

³⁴ Cfr. las SSTs de 18 y 29 de mayo de 2015.

³⁵ Cfr. la SDGRN de 20 de febrero de 2004 y las SSTs de 1, 14 de abril y 21 de junio de 2011.

³⁶ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 505-555.

³⁷ BERROCAL LANZAROT, A.I., La extinción del derecho de uso....., *op. cit.*, 2012-2014.

³⁸ Cfr. las SSTs de 8 de mayo de 2006, 3 de diciembre de 2008, 14 de enero de 2010 y 27 de febrero de 2012.

³⁹ Cfr., en este sentido, la SAP de Navarra de 1 de septiembre de 2001, debido a la obtención «*mortis causa*» por el cónyuge usuario de un importante patrimonio inmobiliario.

⁴⁰ Cfr. también las opiniones expuestas «*ut supra*» de MANZANO FERNÁNDEZ y CALMARZA CUENCAS.

⁴¹ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1996). Modificación de convenio judicial en virtud de escritura pública otorgada por ex cónyuges renunciando al derecho de uso. *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 67, 167-168.

⁴² ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Pamplona: Aranzadi, 553. RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (1999). La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, 56. Cfr. también la SAP de Toledo de 23 de marzo de 1995 y la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de julio de 1998.

⁴³ SALAZART BORT, S. El uso de la vivienda familiar. (2006). En: J.M. Llopis Giner (dir.). *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 188.

⁴⁴ LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 48-49.

⁴⁵ MANZANO FERNÁNDEZ, M., Titularidad y atribución del uso....., *op. cit.*, 1790-1799.

⁴⁶ Para la SAP de Cáceres de 21 de julio de 2010, si, conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Código civil, el matrimonio se disuelve por divorcio, ello impide que la excónyuge pueda interferir en la vida sentimental del que fue y ya no es su esposo. Y la SAP de Alicante de 22 de junio de 2018 entiende que, si se acordara la pérdida del uso de la vivienda por el hecho de convivir la madre con tercera persona, se estaría resolviendo

en contra del interés de los menores, que requieren los alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, entre cuyos alimentos se encuentra la habitación.

⁴⁷ Cfr. también las Sentencias de la AP de Valladolid de 22 de diciembre de 1995 y de la AP de Madrid de 7 de junio de 2013.

⁴⁸ En un sentido parecido, la SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000 señala la inexistencia de la legitimación del segundo marido de la excónyuge para ocupar la vivienda, argumentando que las únicas personas autorizadas para tal ocupación son las hijas y la madre, no una tercera persona ajena al procedimiento matrimonial, y negando que esta última pueda permanecer en el inmueble de forma habitual y permanente. Y como, siendo dicho tercero ajeno al procedimiento matrimonial, no podía actuarse contra él por vía de lanzamiento, se impuso, en concepto de responsabilidad civil, al cónyuge usuario, obligado a no hacer extensivo el derecho de uso a personas ajenas al entorno familiar formado por aquel y las hijas comunes, una indemnización por los daños y perjuicios causados al cónyuge propietario. Por su parte, la SAP de Madrid de 10 de julio de 2017 estima que la convivencia del progenitor, al que se le ha atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar, con un tercero no puede suponer la extensión de tal derecho a la nueva pareja. Y, por ello, lo más apropiado, en estos casos, es liquidar los gananciales y renunciar al privilegio que, por su anterior situación, el cónyuge venía disfrutando.

⁴⁹ Cfr. también las Sentencias de la AP de Cádiz de 16 de septiembre de 2002, de la AP de Vizcaya de 30 de abril de 2004 y de la AP de Murcia de 9 de diciembre de 2009.

⁵⁰ BERROCAL LANZAROT, A.I., La extinción del derecho de uso..., *op. cit.*, 2015.

⁵¹ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 543, 546 y 547. En apoyo de su opinión, cita la autora la SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2004.

⁵² En este sentido se manifestó el *IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia* y las *VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales*, celebradas en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

*Trabajo recibido el 24-6-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*