

LUCES Y SOMBRAS DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL  
ART. 96 CC PREVISTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE  
SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE  
DISCAPACIDAD\*

*LIGHTS AND SHADOWS OF THE PROPOSAL TO MODIFY ART. 96 OF  
SPANISH CIVIL CODE PROVIDED IN THE DRAFT LAW AMENDING CIVIL  
AND PROCEDURAL LEGISLATION IN THE FIELD OF DISABILITY*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 32-63*

\* Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER *Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones.*

Marta ORDÁS  
ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de enero de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

**RESUMEN:** El Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, acomete una modificación del art. 96 CC en materia de atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio. Reforma que clarifica algunos de los puntos controvertidos del precepto vigente, pero que no puede calificarse sino de modesta en cuanto al fondo, en la medida en que continúa vinculando la atribución de la guarda y custodia con el uso de la vivienda familiar obviando soluciones menos gravosas y más equitativas propuestas por la doctrina en los últimos años.

**PALABRAS CLAVE:** Nulidad; separación y divorcio; atribución del uso de la vivienda familiar; hijos comunes; hijos mayores de edad; discapacidad.

**ABSTRACT:** *The Draft Law that reforms the civil and procedural legislation on disability matters, prepared within the General Codification Commission, undertakes a reform of art. 96 CC regarding the attribution of the use of the family home in cases of nullity, separation and divorce. Reform that clarifies some of the controversial points of the prevailing precept, but that can not be qualified but modest in terms of substance insofar as it continues to link the attribution of custody and custody with the use of the family dwelling, avoiding less costly solutions and more equitable proposals by the doctrine in recent years.*

**KEY WORDS:** *Nullity; separation and divorce; attribution of the use of the family home; common children; children of legal age; disability.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. UN ANTEPROYECTO IMPECABLE DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO, PERO MODESTO EN LO QUE A LA REFORMA DEL ART. 96 CC SE REFIERE.- III. LAS “LUCES” DE LA REFORMA DEL ART. 96 CC.- 1. La atribución del uso de la vivienda habiendo hijos menores comunes.- 2. La prestación de alimentos ex arts. 142 y ss. CC como medio para cubrir las necesidades de vivienda de los hijos mayores de edad.- 3. La continuación en el uso de los hijos discapacitados, si fuera “conveniente” y con carácter temporal.- 4. La reforma del último párrafo del art. 96 CC. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.**

## I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la ratificación por España de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, el ordenamiento jurídico español ha experimentado una serie de reformas que comenzaron con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional de protección de los derechos de las personas con discapacidad y continuaron con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del tribunal del jurado o la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

El Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, acomete una profunda reforma del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil pretendiendo dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a los dictados de dicha Convención internacional. Reforma que no implica un mero cambio de terminología sino un “nuevo y más acertado enfoque de la realidad”, que advierta que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones. En esta medida, sienta las bases de un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de las personas

### • Marta Ordás Alonso

Prof.<sup>a</sup>. Titular (Acreditada Catedrática) de Derecho Civil de la Universidad de León. Correo electrónico: marta.ordas.alonso@unileon.es

con discapacidad. Regulación que pivota en torno a la idea de prestar apoyo a la persona que lo precise. Apoyo que, indica la Exposición de Motivos, “es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones”.

Con tal final el Anteproyecto realiza una nueva redacción del Título XI del Libro I del Código Civil. Una reforma tan profunda como la que el Anteproyecto propone debe ir acompañada por un importante número de modificaciones legislativas en otras materias conectadas con la capacidad de la persona, tanto en el Código Civil como en el seno de otras leyes de indiscutida importancia. Entre ellas, dentro del texto codificado, se da nueva redacción al art. 96 CC regulador de las medidas definitivas a adoptar en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar. Al análisis de la propuesta de reforma de dicho precepto se circunscribe este trabajo. Me limitaré, por tanto, en las líneas que siguen, a efectuar unas breves consideraciones sobre el texto de la reforma. Para ello necesariamente se ha de partir del tenor literal del art. 96 CC que el Anteproyecto propone:

‘En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación.

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

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

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

Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

Los cuatro párrafos del art. 96 CC actualmente en vigor se convierten en seis en el texto proyectado. Realmente las modificaciones de calado se circunscriben al primer y último párrafo del artículo vigente, tres primeros y sexto respectivamente de la redacción dada por el Anteproyecto. En cuanto al resto, el párrafo segundo pasa a ser el cuarto y el tercero el quinto.

## **II. UN ANTEPROYECTO IMPECABLE DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO, PERO MODESTO EN LO QUE A LA REFORMA DEL ART. 96 CC SE REFIERE**

A las lagunas que el art. 96 CC vigente presentaba ya en el momento de su promulgación<sup>1</sup> se une una deficiente técnica legislativa, con gran abundancia de conceptos jurídicos indeterminados y una interpretación por parte del Tribunal Supremo que en muchas de las cuestiones que el entendimiento del precepto suscita no se puede calificar sino de insatisfactoria. A ello cabe añadir el hecho de haber quedado desbordado por la realidad en la medida en que guarda absoluto silencio en materias tan generalizadas al día de la fecha como puede ser la atribución de una guarda y custodia compartida.

Pero no son los únicos problemas que plantea en la medida en que el automatismo que el precepto consagra vinculando la asignación de la custodia exclusiva con la atribución del derecho de uso de la vivienda, unido a la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Supremo, implica una absoluta disociación entre el derecho de propiedad del inmueble y el derecho de uso sobre el mismo, dificulta enormemente tanto adoptar soluciones que resulten equitativas para ambos progenitores y no provoquen la asfixia económica del no custodio como llegar a acuerdos que impliquen una guarda y custodia compartida<sup>2</sup>, no se tiene en

<sup>1</sup> A título de ejemplo, no abordaba la problemática planteada por la vivienda familiar arrendada o la vivienda familiar cedida por terceros, usualmente los padres, a título gratuito. Tampoco reguló cuestiones de grandísima trascendencia práctica como pudiera ser la extinción del derecho de uso.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes", *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 2, 2010, EDC 2010/400444, p. 4.

consideración qué carga hipotecaria soporta, si cabe algún tipo de compensación patrimonial a favor del cónyuge que ha sido privado del uso, si el interés del menor puede ser salvaguardado a través de otras vías diferentes a la atribución del uso de la vivienda familiar que tengan en cuenta otros intereses presentes en el caso e igualmente dignos de protección y un largo etcétera. De todo ello he dado buena cuenta en un trabajo previo<sup>3</sup>. Estos y otros aspectos no hacen sino aumentar la conflictividad existente en una situación ya de por sí difícil, lo que ha llevado a que la doctrina<sup>4</sup> haya reclamado la necesidad de una reforma. De manera sumamente gráfica indica González del Pozo “desde todos los sectores implicados en el ámbito del Derecho de Familia se ha reclamado al legislador, en unos casos con ribetes de razonada súplica y en otros con un rictus de desesperanza y exigencia, que se dé nueva regulación a este derecho de uso, dada su trascendental importancia en el contexto de las medidas complementarias subsecuentes a las rupturas de pareja”<sup>5</sup>. Críticas a las que no ha sido ajena la jurisprudencia, no en vano indica el Tribunal Supremo en Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 297/2014 de 2 junio que “valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación”<sup>6</sup>. Idea en la que insiste recientemente en STS (Sala Primera) núm. 641/2018, de 20 de noviembre, relativa a la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia marital del titular con un tercero, al poner de relieve que “una vez más se advierte la insuficiencia del art. 96 del Código Civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar”.

En definitiva, la regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar fruto de la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio respondía a las necesidades de la sociedad de aquel entonces:

- 
- 3 Vid. ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Barcelona, 2018.
  - 4 CABEZUELO ARENAS, A.L.: “El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017; CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 52; CUENA CASAS, M.: “El régimen jurídico de la vivienda habitual”, en YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, 2ª ed., Aranzadi, 2017, p. 389; OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, p. 305.
  - 5 GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “A vueltas”, cit., p. 5.
  - 6 En idénticos términos SAP de Guadalajara (Sección 1ª) núm. 67/2014, de 6 marzo.

el matrimonio se había regulado legalmente como un vínculo indisoluble durante muchos años y era frecuente que la mujer no hubiese llegado a incorporarse al mercado laboral o lo hubiese abandonado al casarse. El transcurso del tiempo y el cambio sociológico experimentado en la estructura social, tanto en cuanto a la admisión del divorcio sin causa como en orden a la incorporación de la mujer al trabajo que no suele abandonar al casarse, los avances hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres, la evolución del concepto de familia o el hecho de que muchos divorcios afecten a matrimonios de duración media bastante breve imponen una revisión en profundidad del art. 96 CC.

Hay que hacer notar que los párrafos cuarto y quinto del texto del art. 96 contenido en el Anteproyecto de Ley no introducen variación alguna en su contenido respecto al texto actualmente en vigor. Es lo cierto que constituye un Anteproyecto impecable desde el punto de vista técnico. Lleva por rótulo “reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad” y a ello se limita. Lejos, por tanto, de la falta de técnica legislativa imperante en los últimos años, a la que nos estamos lamentablemente acostumbrando, en los que se aprovecha cualquier reforma para regular materias o introducir modificaciones en textos que nada tienen que ver con aquel al que la reforma se refiere, normalmente a través de un cúmulo interminable de disposiciones adicionales y/o finales. El Anteproyecto comentado se aparta de dicha senda, lo que pudiera justificar que las variaciones introducidas en el art. 96 CC se circunscribieran al primero de sus párrafos, ahora convertido en tres. Sin embargo, una vez que el Anteproyecto aborda la reforma del art. 96 CC quizá se pudiera haber aprovechado el momento que la ocasión brindaba y haber efectuado una reforma en profundidad del mismo. No en vano, las modificaciones introducidas en el párrafo primero no se limitan a aquellos puntos que afectan a las personas con discapacidad, sino que aclaran algunos puntos controvertidos –ej. ¿a qué hijos se refiere el precepto? ¿qué acontece cuando los hijos menores alcanzan la mayoría de edad?, etc.- que la redacción en vigor del art. 96 CC plantea. Es más, también es objeto de reforma el último párrafo del art. 96 en el sentido de añadir una referencia a la constancia registral de las limitaciones a la facultad de disposición sobre la vivienda familiar y la protección del adquirente de buena fe cuyo ámbito en absoluto se ve constreñido a aquellos supuestos en los que exista una persona con discapacidad. Es por ello que considero la reforma modesta en este punto concreto. Modesta y poco ambiciosa pues continúa sin contemplar todo un abanico de soluciones planteadas por la doctrina – atender al interés más necesitado de protección (que pudiera no coincidir con el de los menores de edad o personas con discapacidad), liquidación de la vivienda común, prever una posible temporalización del derecho de uso, atribución de inmuebles distintos a la vivienda familiar, abono del alquiler de una vivienda, incremento de la prestación alimenticia, la existencia de una contraprestación, etc.- más acordes con la realidad social del momento presente. Reforma que, desde mi punto de

vista, debería obedecer a unas líneas básicas que he expuesto en el trabajo al que anteriormente he hecho referencia y al que me remito<sup>7</sup>.

### III. LAS “LUCES” DE LA REFORMA DEL ART. 96 CC

Pese a lo modesto de la reforma, no cabe obviar que clarifica el texto del art. 96 CC en algunos puntos que se habían manifestado controvertidos en la práctica. En concreto, a qué hijos se refiere el primer párrafo del art. 96 CC, qué ocurre con el uso al cumplir los hijos menores los 18 años, qué acontece con los hijos mayores de edad, introduciendo las necesarias especialidades para el supuesto de que estos se encuentren discapacitados, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la restricción a la facultad de disponer, o el hecho de que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudique a terceros de buena fe.

#### I. La atribución del uso de la vivienda habiendo hijos menores comunes

La referencia que el art. 96.I CC en su redacción vigente efectúa a los “hijos”, sin más especificaciones, obliga a preguntarnos si cuando el art. 96 atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden alude a todo hijo de cualquiera de los dos miembros del matrimonio o, por el contrario, se circunscribe a los hijos comunes a ambos cónyuges. Dicho de otro modo ¿es posible atribuir el uso de la vivienda a uno de los cónyuges en consideración al hecho de que ostenta la guarda y custodia de hijos no comunes? ¿estaría justificado privar al cónyuge propietario de la vivienda del uso de la misma con apoyo en el interés del menor cuando este no es su hijo?

La alimentación y educación de los menores a la que el art. 1362 CC alude son cargas de la sociedad de gananciales, no del matrimonio. Por ello, mayoritariamente se estima que el primer párrafo del art. 96, en la medida en que atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, alude única y exclusivamente a los hijos comunes<sup>8</sup>.

7 Vid. ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución*, cit., 2018, p. 557 y ss.

8 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 435; ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*, PPU, Barcelona, 1992, p. 212-213; HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C.: “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2013, p. 2231; RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 116.

En sentido contrario, la SAP de Murcia (Sección 4ª) núm. 672/2011, de 29 diciembre, desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de Instancia por la que se dejaban sin efecto las medidas definitivas establecidas en la sentencia de divorcio, incluyendo la atribución del uso de la vivienda familiar, una vez que se había probado que el exmarido no era el padre biológico del menor. Para llegar a esta conclusión la Sentencia se apoya en el hecho de que dicho exmarido no ha probado que su interés sea el más necesitado de protección. Desde mi punto de vista no es posible compartir el parecer de la Sentencia. Atribuido el uso del inmueble con base en el art. 96.I CC, la inexistencia de hijos comunes extingue el mismo. Cosa distinta es que proceda efectuar una atribución del uso ex art. 96.III CC, precepto de interpretación restrictiva. Ello ciertamente exigiría la prueba de la existencia de un interés más necesitado

Ahora bien, en mi opinión, dicha afirmación debe ser matizada en el sentido de dar cabida en el tenor el precepto tanto a los hijos comunes como a los no comunes del propietario del inmueble. De lo contrario podría llegarse a situaciones radicalmente injustas. Pone Cuenca Casas el siguiente ejemplo: Caso en el que el progenitor no custodio -propietario de la vivienda familiar- tenga un hijo fruto de una relación anterior, del que tiene la custodia y con el que vive. Si los hijos comunes viven con la madre puede ocurrir que el padre, junto con el hijo de una relación anterior, tengan que abandonar el inmueble porque su uso es atribuido a la madre y a los hijos comunes del matrimonio, únicos contemplados por el art. 96 CC. Pero es más, pudiera ocurrir que dicha madre también tuviera un hijo de una relación anterior, el marido vería como su propio hijo debe abandonar la vivienda familiar y el hijo de su ex mujer vive en la vivienda familiar de su propiedad<sup>9</sup>. Para añadir tintes de mayor agravio al caso, añado yo, y a juzgar por el importante número de acciones de impugnación de la filiación que se están planteando, pensemos que ese hijo no común que tiene la madre no es fruto de una relación anterior, sino que lo ha tenido constante matrimonio estando ahora en proceso de nulidad, separación o divorcio.

Por otro lado, entre los estudiosos del art. 96 CC es lugar común el debate acerca de la extinción o no del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a los hijos menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden una vez estos hayan alcanzado la mayoría de edad<sup>10</sup>. Son numerosos los autores que otorgan a dicho interrogante una respuesta negativa en la medida en que el hecho de cumplir dieciocho años no implica que tengan independencia económica<sup>11</sup>. En sentido contrario, desde mi punto de vista, el derecho de uso de la vivienda, atribuido a los hijos en atención a su minoría de edad, se extinguirá una vez que estos han alcanzado la mayoría<sup>12</sup>. Entiendo que no cabe mantener una posición distinta una vez que el Tribunal Supremo se ha pronunciado, singularmente en Sentencia del

---

de protección, pero por parte de ambos cónyuges pues, de lo contrario, lo que procede es no efectuar atribución del uso. Ciertamente que el exmarido no ha probado tal cosa, pero tampoco consta que lo haya hecho la exmujer.

- 9 CUENCA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda", cit., p. 398.
- 10 Expresamente contempla esta causa de extinción el art. 233-24 del Código Civil de Cataluña al encontrarse incluido en los supuestos de finalización de la guarda a los que el apartado I del precepto se refiere.
- 11 Entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico*, cit., 2005, p. 430; CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 39; CUENCA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda", cit., p. 405.
- 12 MARTÍN MELÉNDEZ, M.T.: "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, respecto a los actos de disposición", *Actualidad Civil*, núm. 19, 2005, edición digital, p. 10; PINTO ANDRADE, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas judiciales y jurisprudenciales", *Actualidad Civil*, núm. 21, 2012, edición digital, p. 3; SANTOS MORÓN, M.J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma", *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2014, vol.1, núm. 3 p. 10; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, p. 3410.

Pleno de 5 de septiembre de 2011, fijando como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del art. 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Completada por la STS de 11 de noviembre de 2013 pues “la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas”.

El texto del Anteproyecto pone fin a ambos debates en la medida en que, a tenor de lo establecido en el primer párrafo del art. 96, “el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad”. Insisto en que, desde mi punto de vista, el precepto debería aludir a los hijos comunes y no comunes del propietario del inmueble.

## **2. La prestación de alimentos ex arts. 142 y ss. CC como medio para cubrir las necesidades de vivienda de los hijos mayores de edad**

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo introdujo un segundo apartado en el art. 93 CC a tenor del cual “si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”. Por contraste, no existe norma alguna en el Código Civil relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar 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. Sin embargo, la situación sociológica que llevó al legislador a modificar el art. 93 CC en materia de alimentos es idéntica: el hecho de que los hijos mayores de edad a menudo siguen dependiendo en cuanto a sus necesidades vitales, dentro de las que se incluye el alojamiento, de sus progenitores.

La ausencia de norma expresa que aluda específicamente a los mayores de edad como interés digno de protección en orden a la atribución del uso de la vivienda familiar se ha traducido en la existencia de dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales polarizadas en cuanto a la inclusión o no de los mismos en el ámbito de aplicación del primer párrafo del art. 96 CC a cuyo tenor, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Por un lado, un autorizado grupo de autores considera aplicable el art. 96.I CC a los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, lo que se traduciría en la atribución del uso de dicho inmueble a los mismos y al cónyuge con el que conviven<sup>13</sup>. A favor de esta tesis se alega el rechazo durante la tramitación parlamentaria de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio de dos enmiendas que abogaban por limitar la protección que el art. 96 CC otorga a los hijos menores de edad. A la misma conclusión aboca una interpretación literal del primer párrafo del art. 96 CC que se refiere "a los hijos", sin especificar que deban estos de ser menores de edad, y donde la ley no distingue no cabe distinguir. Es más, 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. En esta medida, se indica, no solo es claro que los hijos mayores de edad caben en el tenor de la norma, sino que si el legislador hubiera querido especificar o establecer diferente régimen jurídico en función de la edad lo hubiera hecho a semejanza de lo que acontece con el art. 93 CC. Ahora bien, no se aplicará el art. 96 CC a todo hijo que haya cumplido los dieciocho años que conviva en el hogar familiar pues *de facto* ello implicaría dejar en sus manos la decisión relativa al uso de la vivienda familiar, sino que habría que probar su necesidad o dependencia económica. Falta de recursos que, a semejanza de lo que acontece en sede de alimentos, exige que no se deba a su pereza o falta de ganas de conseguirlos<sup>14</sup>.

Sin embargo, es lo cierto que si el legislador hubiera querido utilizar en materia de atribución del uso de la vivienda familiar idénticos criterios a los recogidos en el art. 93.2 CC en sede de alimentos debería haber modificado el art. 96 de igual modo y manera que hizo con el art. 93 a través de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, o con posterioridad a la misma pudiendo haber aprovechado las numerosas veces que se ha reformado el Código Civil en materia matrimonial en los últimos años,

13 Suscriben esta tesis ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 429, 431; COSTAS RODAL, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", en *Guía práctica de las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 908-909; CUENA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda", cit., p. 41, 398, 401-402, 404; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: "Atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2016, edición digital, p. 3.

14 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 431-433.

lo cual no ha hecho. Al no haber actuado así, no cabe interpretación extensiva de la norma prevista para menores de edad en el art. 96.I CC, cuanto más cuando la atribución del uso de la vivienda no deja de comportar un gravamen al derecho de propiedad. Lo que me lleva a aquel sector doctrinal, al que me adscribo, que, en el extremo opuesto, estima, estimamos, que la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos menores, aunque pudiera haberlos mayores de edad que convivan en el hogar familiar y carezcan de recursos propios, debe hacerse a tenor del tercer párrafo del art. 96 CC<sup>15</sup>. Opción expresamente acogida por el art. 233-20.3.b) del Código Civil de Cataluña en la medida en que establece la atribución del uso al cónyuge más necesitado si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad; lo que se complementa con el art. 233-24.I al contemplar como causa de extinción del derecho de uso la finalización de la guarda. En apoyo de esta tesis se alegan diferentes argumentos. Entre otros: 1º. El mandato constitucional de protección de los hijos (art. 39 CE) no se proyecta sobre los hijos mayores de edad<sup>16</sup>. 2º. Del tenor general de los arts. 90 y ss. del Código Civil se deduce que el empleo por el legislador del término "hijos" viene referido a los hijos menores de edad en la medida en que se consideran sujetos necesitados de una especial protección. En este sentido cabe citar los arts. 90.II, 91, 92, 93.I 94, 96.I<sup>17</sup>. Argumento que no puede ser neutralizado aduciendo la introducción por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo de un segundo apartado en el art. 93 CC a tenor del cual "si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código" en la medida en que la inclusión del art. 93 del CC en sede de procesos matrimoniales responde a razones de economía procesal, evitando tener que recurrir a otro proceso para solicitar los alimentos de los hijos, permitiendo acumular la pretensión de alimentos para los hijos no sometidos a la patria potestad a la principal de los cónyuges en el

15 Partidarios de la aplicación del art. 96.III CC se muestran CERVILLA GARZÓN, M.D.: "Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la doctrina", en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, p. 28; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 2013, p. 530; TENA PIAZUELO, I.: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 227; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. Y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso", cit., p. 3407; ZUMAQUERO GIL, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016, BIB 2016/85411, p. 15.

16 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. Y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso", cit., p. 3408.

17 SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 27. En igual sentido, indica la SAP Navarra (Sección 2ª) núm. 134/2006, de 3 de noviembre, el art. 96 CC se refiere inequívocamente a hijos menores de edad o incapacitados, ya que en la fecha de su redacción los artículos 90 y siguientes del Código Civil no preveían medida alguna relativa a los hijos mayores de edad, y respecto de los que, tras la adición de un segundo párrafo al artículo 93 por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en pleito matrimonial sólo cabe el establecimiento de una pensión alimenticia.

proceso que resuelve la crisis matrimonial, a la vez que consagra una legitimación especial, en la medida que los alimentos no serán solicitados por el hijo mayor de edad —con capacidad procesal para ello— sino por el progenitor con el cual conviven<sup>18</sup>. Es más, frente a quienes han querido ver en esta reforma una medida de protección del hijo mayor de edad o emancipado, lo cierto es que a quien en verdad protege esta medida, de indudable carácter procesal, es al progenitor con quien el hijo convive pues tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, en demandar al otro progenitor su contribución a los alimentos de aquellos hijos y ello como una especie de acción de reembolso de una carga patrimonial que asume en su integridad<sup>19</sup>. Por último, nada impidió al legislador de la mano de la misma o sucesivas reformas introducir una mención específica a los hijos mayores de edad en el art. 96 CC, cosa que no ha acontecido. 3º. Si la atribución del uso de la vivienda familiar forma parte del contenido del derecho de alimentos el precepto general, cuando de hijos mayores o emancipados se trata, no es otro que el art. 93.II del CC pues afecta al conjunto de los alimentos, siendo el art. 96 CC una concreción de aquel en materia de habitación<sup>20</sup>. 4º. Dado que el mayor de edad tiene plena capacidad de obrar y absoluta libertad de movimientos y de residencia, las circunstancias relativas a su persona serán fruto de su libertad. En esta medida, y puesto que no parece posible obligar al hijo mayor de edad a que conviva con uno de los progenitores en contra de su voluntad, el cónyuge beneficiario del derecho de uso será aquél con el que el hijo elija convivir. Pero, es más, nada impide que, una vez adoptada la medida, el hijo abandone la vivienda desapareciendo el sujeto pretendidamente protegido por el primer párrafo del art. 96 CC. Abandono que pudiera producirse para irse a vivir con el otro progenitor, produciéndose una alteración de las circunstancias que obligaría a modificar la medida. Proceso de cambio de domicilio que podría reproducirse con cuanta frecuencia el hijo deseara<sup>21</sup>.

A modo de conclusión, considerando, como creo que es lo correcto, que la expresión “hijos” a la que se refiere el art. 96.I CC se circunscribe a los hijos menores de edad, la mayoría de edad de los hijos coloca en situación de igualdad a los cónyuges ante el derecho de atribución de uso de la vivienda familiar, y ya no opera el derecho preferente que deriva de la atribución de guarda y custodia, sino el interés más necesitado de protección (art. 96 tercer párrafo CC), que debe justificarse y por un tiempo determinado y ello tanto si lo que se trata de atribuir

18 RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: “Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia”, *Actualidad Civil*, núm. 15, 2011, edición digital, p. 2.

19 Vid. SAP de Cádiz (Sección 5ª) núm. 481/2009, de 15 octubre. En la misma línea, GUILARTE GUTIERREZ, V.: “A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el art. 93 párr. 2º del Código Civil”, *Ar. Civil-Mercantil*, 1997, BIB 1997\796, p. 2; INIESTA DELGADO, J.J.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, 2004, BIB 2004\396, p. 3.

20 SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial*, cit., p. 31-33.

21 SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial*, cit., p. 30.

en el uso de la vivienda familiar *ab initio*, en la demanda de nulidad, separación o divorcio del matrimonio sin hijos, como con posterioridad una vez extinguido el uso como consecuencia de haber cumplido dieciocho años los hijos que sirvieron para atribuir el uso de la vivienda en un primer momento cuando todavía eran menores de edad.

A la situación previamente descrita que mantenía, mantiene todavía hoy, dividida a doctrina y jurisprudencia trata de hacer frente el Tribunal Supremo a través de la Sentencia del Pleno núm. 624/2011 de 5 septiembre, seguida por otras muchas<sup>22</sup>, en la que estableció como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“El artículo 39.3 CE 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.

En relación directa con dicho precepto, y como concreción del principio *favor filii* [a favor del hijo] o *favor minoris* [a favor del menor], el párrafo 1º del artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. La controversia que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, tampoco al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar.

Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con

22 En igual sentido, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 183/2012, de 30 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 707/2013, de 11 noviembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 315/2015, de 29 mayo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 604/2016, de 6 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 635/2016, de 25 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 636/2016, de 25 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 741/2016, de 21 diciembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 390/2017, de 20 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 527/2017, de 27 septiembre.

la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene 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. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC, según el cual 'no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»<sup>23</sup>.

23 Insiste en esta idea, la STS (Sala de lo Civil, Sección Iª) núm. 707/2013, de 11 noviembre, a cuyo tenor "la Sentencia establece como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fué inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas. Como expresa la sentencia citada "ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene 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. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen

Por tanto, el Tribunal Supremo circunscribe la aplicación del art. 96.I CC a los hijos menores de edad, lo que no implica prescindir de la existencia de hijos mayores de edad que pudieran encontrarse necesitados de protección, pero esta no se logra por la vía de otorgar el uso de la vivienda familiar al hijo mayor y al cónyuge en cuya compañía viva, sino que dicha protección se obtiene a través del derecho a percibir alimentos que el art. 93.II CC consagra. No se trata de que, por reunir los requisitos para percibir alimentos (convivencia en la vivienda familiar y carencia de ingresos propios), se tenga derecho a obtener la atribución del uso de la vivienda familiar sino que, si concurre dichos presupuestos, la necesidad de habitación del hijo se engloba en el derecho de alimentos regulado conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y ss. CC que permiten al progenitor a cuyo cargo se establece la prestación alimenticia satisfacerlo incluyendo la cantidad indispensable para la habitación en la cuantía de la prestación de alimentos lo que se traducirá en un incremento de la misma o manteniendo en su propia casa al hijo alimentista. De tal modo y manera que, a la hora de proceder a atribuir el uso de la vivienda familiar, el precepto aplicable no es otro que el art. 96.III CC cual matrimonio sin hijos se tratara. Posicionamiento en contra de la extensión del ámbito de aplicación del art. 96.I CC a los hijos mayores de edad que el Tribunal Supremo continúa manteniendo en la fecha de finalización de este trabajo<sup>24</sup>.

---

de lo dicho sobre los alimentos que recibe el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC, según el cual 'No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.' En el mismo sentido, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 315/2015, de 29 mayo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 604/2016, de 6 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 183/2017, de 14 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 390/2017, de 20 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 527/2017, de 27 septiembre, Auto TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 noviembre 2017.

- 24 Así, por ejemplo, indica la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 527/2017, de 27 septiembre, que "la adquisición de la mayoría de edad por los hijos da lugar a una nueva situación en la que debe estarse como interés superior de protección, cuando las circunstancias lo aconsejen, al del cónyuge más necesitado de protección, pero por el tiempo que prudencialmente se fije, de conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 96 CC (Sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre, y 390/2017, de 20 de junio). Superada la menor edad de los hijos, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo del art. 96 CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la Sala ello 'parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes» (Sentencia 315/2015, de 29 de mayo). Esta doctrina es aplicable tanto cuando se adjudica el uso de la vivienda al 'cónyuge no titular» (al que literalmente se refiere el párrafo tercero del art. 96 CC) porque la vivienda es privativa del otro como cuando la vivienda tiene el carácter de bien ganancial, como es el caso del presente recurso. Ya la Sentencia 1067/1998, de 23 de noviembre, consideró aplicable el art. 96 párrafo tercero cuando la vivienda es ganancial, mediante una interpretación lógica y extensiva del precepto, y otras sentencias de esta sala así lo han venido entendiendo con posterioridad (Sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre y 390/2017, de 20 de junio). En igual sentido *vid.* STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 176/2016, de 17 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 604/2016, de 6 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 635/2016, de 25 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 741/2016, de 21 diciembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 34/2017, de 19 enero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 390/2017, de 20 junio, Auto TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 noviembre 2017.

En conclusión, en opinión del Tribunal Supremo, que comparto plenamente, la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor art. 96.III CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Si los hijos necesitaran alimentos, entre los que se incluye la vivienda, una vez que concluya el régimen de guarda impuesto por la minoría de edad, podrán pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos, conforme a las normas generales del Código Civil en materia de alimentos ( artículo 142 y ss. CC), sin que el cotitular de la vivienda vea indefinidamente frustrado sus derechos sobre la misma.

Esta es la tesis acogida por el tercer párrafo del art. 96 del Código Civil tal y como es contemplado en el Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, a cuyo tenor “extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes”. Ahora bien, ¿qué se entiende por independencia económica? Obviamente, parece que no es equiparable a la simple entrada en el mercado laboral, sino que debe ser entendido como autocapacidad de sostenimiento personal. Pero ¿cuándo se debe entender que el alimentista posee medios suficientes para la autosuficiencia?<sup>25</sup> Hay que descartar que los ingresos deban ser suficientes para atender sus necesidades de acuerdo con el nivel de vida que se mantiene en el hogar familiar, En todo caso, la carencia de independencia económica no se presume, debiendo ser probada por quien reclama los alimentos, sin que sea extensible la presunción de necesidad de los hijos menores a los hijos mayores. Todo ello en directa relación con el art. 152.3º del Código Civil que, entre las causas por las que cesa la obligación de dar alimentos, establece la posibilidad de ejercer un oficio, profesión o industria o en general la mejora de fortuna, de modo que la pensión alimenticia para su subsistencia devenga innecesaria, o la mala conducta o falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa. En definitiva, la necesidad, presupuesto de la obligación alimenticia, debe provenir de causa inimputable al alimentista, siendo asimilable la falta de diligencia laboral a la desidia en la dedicación a los estudios<sup>26</sup>, pues lo contrario sería favorecer una postura pasiva a la hora salir adelante en la vida.

25 A poner de relieve la dificultad de concretar este requisito se dedican las páginas de mi trabajo *La cuantificación de las prestaciones periódicas en las crisis de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 73 y ss.

26 SAP Las Palmas (Sección 3ª) núm. 417/2015, de 17 julio, SAP de Badajoz (Sección 3ª) núm. 143/2016, de 15 junio.

### 3. La continuación en el uso de los hijos discapacitados, si fuera “conveniente” y con carácter temporal

El art. 96 CC no efectúa alusión expresa a los hijos incapacitados a la hora de determinar los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar. Ante el silencio legal, resulta obligado partir de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 325/2012, de 30 mayo. Como hechos relevantes a tener en cuenta se ha de destacar que la vivienda familiar situada en Madrid es propiedad exclusiva del marido, que dicho marido está parcialmente incapacitado y sometido a curatela, que el hijo común fue incapacitado plenamente y la patria potestad de la madre rehabilitada por sufrir una enfermedad mental, que la madre ha comprado una casa en Torreveja como consecuencia de haber adquirido una herencia, que el uso de la vivienda familiar sancionado a favor de madre e hijo se prolonga durante más de veinticinco años. Con estos mimbres, la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 22 marzo 2011 confirma la sentencia apelada en la que se declaraba la extinción del uso de la vivienda familiar en base, por un lado, a que el derecho de uso de la vivienda no tiene carácter vitalicio, encontrándose, por el contrario, sometido a un necesario condicionante temporal, máxime en supuestos, cual en el caso acaece, en que la titularidad de dicho bien corresponde exclusivamente al cónyuge no beneficiario del uso. Por otro, a que no obstante seguir viviendo el hijo, en compañía de la esposa, en el inmueble que constituyó la sede de la vida familiar; “no puede dejar de ponderarse que el derecho de uso sancionado en su momento en favor de ambos se prolonga ya durante más de veinticinco años, disponiendo ahora la citada progenitora, no sólo de medios económicos propios de los que anteriormente carecía, o eran de escasa cuantía y continuidad, sino también de una vivienda de su titularidad, respecto de la que no consta, pues ninguna prueba se ha aportado a tal fin, que carezca de condiciones para cubrir, de modo digno, las necesidades cotidianas de alojamiento de madre e hijo, ni que, en la localidad donde se ubica dicho inmueble, o en sus inmediaciones, no existan los correspondientes servicios médicos que puedan supervisar la enfermedad que padece el citado descendiente, cuya declaración de incapacidad, atendidas las expuestas circunstancias, no puede convertir en vitalicio un derecho que, por definición legal, queda siempre limitado en su vigencia en el tiempo”.

Formulado por la mujer recurso de casación, éste es estimado por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 325/2012, de 30 mayo, cuyo fundamento jurídico quinto merece la pena reproducir de manera literal: “El art. 96.I CC establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 octubre; 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 861/2011, de 18 enero, entre otras). Los hijos incapacitados deben ser

equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.I CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010". Se produce, por tanto, una equiparación entre los hijos incapacitados y los hijos menores a los efectos de estimar aplicable el art. 96.I CC.

Dos años después, en 2014, el Tribunal Supremo dicta la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 372/2014, de 7 julio. Concluye el Tribunal Supremo estableciendo como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos". En el mismo sentido se ha vuelto a pronunciar el Tribunal Supremo en SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 547/2014, de 10 octubre, núm. 430/2015, de 17 julio, núm. 663/2016, de 14 noviembre, y núm. 666/2017, de 13 diciembre, y acogida por la denominada Jurisprudencia Menor<sup>27</sup>.

La sencillez de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, frecuentemente resumida en la aseveración que equipara de los hijos mayores de edad con discapacidad a los menores de edad, es solo aparente. Por lo que al tema de estudio interesa, la Sentencia del Tribunal Supremo del año 2012 equipara a las personas incapacitadas con los menores de edad a los efectos de establecer los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar; en cambio, la Sentencia del mismo Tribunal del año 2014 en sede de alimentos efectúa dicha equiparación entre discapacitados y menores de edad. La cuestión dista mucho de ser baladí puesto que incapacitado y discapacitado no son términos sinónimos y las consecuencias de dicha discriminación se hacen notar en las SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm., 31/2017, de 19 enero, y núm. 167/2017, de 8 marzo, como tendré ocasión de poner de manifiesto en las páginas que siguen.

27 Vid. en este sentido, SAP de A Coruña (Sección 3ª) núm. 358/2014, de 21 noviembre, SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) núm. 488/2015, de 25 septiembre, SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 287/2016, de 15 abril.

Con carácter previo, he de indicar que la doctrina establecida en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 325/2012, de 30 mayo, interpretando el art. 96.I CC en el sentido de dar cabida en su ámbito de aplicación a los hijos con capacidad judicialmente modificada (incapacitados si nos atenemos a la terminología utilizada por la Sentencia) y al cónyuge en cuya compañía queden mediante su equiparación a los hijos menores de edad es aplicable igualmente en el Derecho catalán, pese a que en dicho ordenamiento jurídico la vivienda se atribuye al progenitor y no “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden” como acontece bajo el ámbito de aplicación del art. 96.I CC. Así lo estima expresamente la SAP de Tarragona (Sección 1ª) núm. 425/2015, de 13 noviembre. Retornando al estudio del art. 96.I CC, la diferencia de régimen jurídico entre persona con la capacidad judicialmente modificada y persona con discapacidad es claramente puesta de manifiesto en la STS (Sala de lo Civil) núm. 31/2017, de 19 enero<sup>28</sup>. Sentencia que sienta doctrina jurisprudencial del Pleno de la Sala.

La peculiaridad del caso estriba en el hecho de que la vivienda es privativa del esposo, que no hay hijos menores de edad y que uno de ellos padece esquizofrenia que le impide vivir solo y precisa de la ayuda de un tercero para su control, especialmente con la medicación. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la madre por infracción del art. 96.I CC y la oposición de la Sentencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada en la Sentencia de 30 de mayo de 2012, al declarar que los hijos discapacitados deben ser equiparados a los menores; consecuencia de lo cual solicita el uso de la vivienda familiar de forma indefinida en lugar de por tres años a la vista de las circunstancias de la hija, mayor de edad, pero dependiente.

El recurso es desestimado por el Alto Tribunal con base en los siguientes argumentos que, por su interés, reproduzco a continuación:

“Esta sala no se ha pronunciado sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad. Lo ha hecho a propósito del derecho a los alimentos en las Sentencias de 7 de julio de 2014 y 17 de julio de 2015. En la primera de ellas, se ha establecido la siguiente doctrina jurisprudencial:

‘la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los

28 Una visión crítica de la misma puede verse en CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su ...*, cit., p. 443; CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 45, 2018, BIB 2018/6227, p. 7 y ss.

menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

La sentencia equipara los hijos mayores con discapacidad reconocida, pero no declarada judicialmente, con los menores.

La sentencia que se invoca en el motivo se refiere a un hijo con patria potestad rehabilitada en favor de su madre, lo que no ocurre en este caso en el que la discapacidad de la hija que convive en el domicilio familiar con su madre no ha sido reconocida judicialmente, ni consta en autos resolución administrativa de discapacidad.

Tampoco tiene en cuenta esta condición el artículo 96 del Código Civil, ni en el caso de los hijos ni en el de los cónyuges, ni se regula en ningún derecho civil especial sobre esta materia, pese a ser estos últimos posteriores a la entrada en vigor en España de la Convención de Nueva York de 2006, posiblemente porque esté contemplando, como instrumento protector, la prórroga de la patria potestad, con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, supuesto en el que se produce la equiparación entre hijos menores y mayores, a que se refiere la Sentencia de 30 de mayo de 2012.

Lo cierto es que la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio de modificación de la capacidad de una persona. La condición de discapaz, según el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Esta definición se recoge literalmente en el artículo 25 del Código Penal y supone que no es precisa una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos necesarios a quien de hecho y no de derecho sufre alguna limitación de esta clase.

El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.

Cuando ello ocurre, estaremos en una situación de igualdad entre marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije, como hizo la sentencia recurrida. Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad.

No se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad.

Esta equiparación la hizo esta Sala en las reseñadas sentencias en supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que puedan superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa. "Sin que ello suponga ninguna disminución (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico", dice la Sentencia 372/2914, de 7 de julio.

El interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de su estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble

compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre, que la toma de decisiones derivadas del divorcio de los padres sea asumida por la hija y no por su madre.

Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores.

El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos<sup>29</sup>.

Doctrina que es reiterada en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 167/2017, de 8 marzo, en cuyo recurso la madre alega que al permanecer con ella un hijo diagnosticado de esquizofrenia, ello motivaría que se le equipare a un menor con lo que la atribución de la vivienda debería hacerse a la madre. De la referida doctrina jurisprudencial se deduce que la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar.

A modo de conclusión, la equiparación con los hijos menores de edad a los efectos de incluir el supuesto dado en el ámbito del art. 96.I CC en sede de

29 En la Jurisprudencia Menor asume esta tesis la SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 323/2015, de 17 diciembre, relativa a un supuesto en el cual, en el momento de producirse la crisis matrimonial, conviven en el domicilio familiar dos hijos mayores de edad que tienen reconocida una discapacidad psíquica del 65% y 35%, respectivamente. Entiende la Sala, ambos hijos son mayores de edad y no están judicialmente declarados en situación de incapacidad, no están por tanto sometidos al sistema de protección y asistencia que aquella declaración implicaría; por tanto, su tratamiento legal es el que corresponde a una persona mayor de edad sin limitación alguna, y por lo que aquí interesa, esto se traduce en que no ostentan derecho alguno sobre la atribución de la vivienda, con los citados art. 96 CC y doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

regulación del uso de la vivienda familiar; en opinión del Tribunal Supremo, lo es con los hijos incapacitados, con aquellos que tienen la capacidad judicialmente modificada, pero no con los discapacitados que no han sido sometidos a un proceso de incapacitación y, consecuentemente, la patria potestad no ha sido prorrogada ni rehabilitada<sup>30</sup>. Si bien, he de hacer notar que el propio Tribunal Supremo no es ajeno a la confusión incapacitado/discapacitado. De hecho, en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 325/2012, de 30 mayo, afirma “concorre interés casacional por existir doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales centrada en las dos únicas sentencias que cita” el recurrente. En concreto las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Palencia (Sección 1ª) núm. 68/2007, de 15 de marzo de 2007 y de Pontevedra núm. 378/2002, de 30 octubre, cuando, a la luz de los datos que las mismas proporcionan, solo en la segunda de ellas la hija se encuentra incapacitada, tratándose en la Sentencia palentina de una hija con una discapacidad.

Desde mi punto de vista, hay que tener en cuenta que la incapacitación, a diferencia de la discapacidad, genera un nuevo estado civil, pero ambas admiten grados. Ello impide, a mi juicio, la realización de afirmaciones apriorísticas tales como la equiparación de un hijo incapacitado a un hijo menor de edad, debiendo estar al caso concreto y examinar, a la luz de las circunstancias concurrentes, cuál es el interés familiar más necesitado de protección<sup>31</sup>. Que pudiera no ser el del hijo incapacitado o, en su caso, discapacitado pues nada impide, por ejemplo, que hubiera heredado una vivienda o una cuantiosa fortuna de su abuelo que le permita cubrir por sí mismo sus necesidades de habitación. El problema viene dado porque el art. 96 CC no contempla, a diferencia de lo que acontece con el art. 103 del mismo cuerpo legal, la existencia de un interés familiar necesitado de protección, sino que concreta este bien sea en los hijos menores bien en uno de los cónyuges, lo que probablemente habrá llevado al Tribunal Supremo a pronunciarse en el sentido expuesto. Sin embargo, he de hacer notar que si el hijo mayor de edad, tanto si está incapacitado como si padece una discapacidad, convive en el hogar familiar y carece de ingresos propios tendrá derecho a percibir alimentos con base en lo establecido en el art. 93.II CC y dentro de los alimentos se encuentra la habitación, por lo que no veo la razón de ser de la equiparación efectuada por el Tribunal Supremo para el supuesto de la incapacidad.

Es más, uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para descartar la aplicación del art. 96.I CC a los hijos discapacitados es que vaciaría

30 En opinión de CUENA CASAS (en “El régimen jurídico de la vivienda”, cit., p. 407), cuando hay incapacitados o discapacitados se presume que su interés es más digno de protección, salvo prueba en contrario.

31 En el mismo sentido, afirma CHAPARRO MATAMOROS (en *Derecho de uso y vivienda familiar: su... cit.* 432 y en “La atribución”, cit., p. 3) los menores y los hijos mayores de edad con discapacidad no pueden asemejarse o equiparse *per se*; sino que se debe atender al caso concreto y a las circunstancias que lo rodean para determinar si el hijo mayor de edad con discapacidad precisa de la misma asistencia que los menores de edad.

de contenido económico el derecho de propiedad imponiendo al titular una limitación durante toda su vida. Ahora bien, idéntico razonamiento lleva a excluir de la protección otorgada por el art. 96.I CC a los hijos incapacitados porque también queda “amortizada” la propiedad de manera indefinida. El propio Tribunal Supremo es consciente de ello pues afirma “prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad”.

El Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en sus párrafos primero y segundo, contempla dos supuestos diferenciados:

1º. La existencia de hijos comunes que se encuentren en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, en cuyo caso la autoridad judicial determinará el plazo de duración de este derecho.

2º. La existencia de hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisen de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, en cuyo caso se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación.

Los términos del precepto plantean algunas cuestiones. En primer lugar, el artículo no se refiere a las personas con capacidad judicialmente modificada en coherencia con el resto del articulado del Anteproyecto en la medida en que, como indica la Exposición de Motivos, “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse”. En segundo lugar, se abandona definitivamente la equiparación hijos con discapacidad igual hijos menores de edad. De este modo, la continuación en el uso de la vivienda familiar no procede en todo caso sino exclusivamente cuando fuera “conveniente”. Es lo cierto que la discapacidad admite grados y si bien es cierto que el nuevo sistema de apoyo a la persona que lo precise pudiera exigir en algún supuesto la atribución del uso

de la vivienda familiar; ello no tiene porqué ser así siempre y en todo caso<sup>32</sup>. Hay, por tanto, un amplio margen de actuación judicial a la hora de considerar, a la luz de las circunstancias concurrentes, si es o no “conveniente” la continuación en el uso de la vivienda familiar del hijo común mayor de edad con discapacidad por ser este el interés más necesitado de protección. Atribución del uso que deberá tener como fundamento circunstancias diferentes las meramente económicas, pues hay que relacionar este inciso con el hecho de que si es mayor de edad y carece de independencia económica sus necesidades de vivienda se atenderán con arreglo a lo previsto en los arts. 142 y ss. CC. En definitiva, la atribución del uso de la vivienda familiar debe ser una medida de última *ratio*, a adoptar solo y exclusivamente cuando no sea posible subvenir la necesidad de vivienda de quien presente el interés más necesitado de protección de otro modo. En tercer lugar, la referencia a la “continuación” del uso da a entender que debe tratarse de hijos que se encuentren conviviendo en la vivienda familiar en el momento de producirse la nulidad, separación o divorcio de sus padres. En cuarto lugar, el segundo párrafo somete a los hijos mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisen medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar al mismo régimen jurídico que a los “hijos menores que se hallen en la misma situación”, lo que debe ser entendido en el sentido de hijos menores que se encuentren en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad. Por último, no estamos ante un uso indefinido de la vivienda familiar sino que en el mismo se establece claramente el carácter temporal de la atribución, “la autoridad judicial determinará el plazo de duración de este derecho”, evitando así vaciar de contenido económico el derecho de propiedad imponiendo al titular una limitación durante toda su vida, no en vano la atribución del uso de la vivienda familiar supone el establecimiento de limitaciones a las facultades del propietario y, como tal, debe ser objeto de interpretación estricta<sup>33</sup>.

#### 4. La reforma del último párrafo del art. 96 CC

La protección del derecho de uso de la vivienda familiar la otorga el art. 96 *in fine* CC en su redacción vigente estableciendo que “para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el

32 En este sentido, diferencia CHAPARRO MATAMOROS (en *Derecho de uso y vivienda familiar: su... cit.*, p. 432 y ss. y en “La atribución”, cit., p. 4 y ss.) aquellos supuestos en los cuales existe una discapacidad grave e irreversible de aquellos otros en los que la discapacidad no es impeditiva.

33 En este sentido ya se manifestaba CHAPARRO MATAMOROS (en *Derecho de uso y vivienda familiar: su... cit.*, p. 435 y ss. y “La atribución”, cit., p. 5) negando la posibilidad de efectuar una atribución del uso de la vivienda familiar indefinida o incondicionada, porque ello supondría privar al progenitor titular o cotitular de aquella de las facultades de uso y disposición consustanciales al derecho de propiedad. A ello se une el hecho de que “en el caso de mayores de edad incapacitados, el Estado pone el alcance de los mismos una serie de medidas dirigidas a complementar la protección dispensada por los progenitores como, por ejemplo, las pensiones por discapacidad. Así las cosas, existiendo otros cauces de protección, parece prudente y razonable limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar en el caso de hijos mayores de edad incapacitados, siempre y cuando sea ésta la solución que concilie mejor todos los intereses en juego”.

consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial". Limitación a las facultades de disposición que también tiene el titular de la vivienda con anterioridad a la crisis matrimonial por exigencias del art. 1320 CC. Se trata, por tanto, de una especie de derecho de veto en virtud del cual se puede impedir que el cónyuge titular realice actos de disposición contrarios al interés familiar; veto que puede ser levantado por la autoridad judicial. Todo ello con la finalidad de proteger al cónyuge, excónyuge si se trata de divorcio, que tiene atribuido a su favor un derecho de uso en sentencia de nulidad, separación o divorcio o por convenio. Limitación a la facultad de disponer que, junto con un derecho ocupacional, integra el contenido del derecho de uso de la vivienda familiar<sup>34</sup>. No son pocas las cuestiones que el entendimiento del precepto plantea desde la delimitación de su ámbito de aplicación, la sanción derivada del incumplimiento de sus previsiones, etc. y que han sido abordadas en un trabajo previo al que me remito<sup>35</sup>.

El Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en el párrafo sexto del art. 96 CC, recoge idéntica previsión, con dos novedades: por un lado, alude a "todo o parte" de la vivienda; por otro, ha desaparecido la referencia a la vivienda y bienes indicados "cuyo uso corresponda al cónyuge no titular", poniendo fin a los debates que esta expresión había suscitado en cuanto a la determinación del ámbito de aplicación del precepto. Y añade dos previsiones que merecen algún tipo de comentario:

En primer lugar, "esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad". Dejando a un lado el vetusto y todavía no resuelto debate en torno a la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, tanto Tribunal Supremo<sup>36</sup> como Dirección General de los Registros y del Notariado han adoptado una postura eminentemente pragmática afirmando sin fisuras su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad en la medida en que limita las facultades dispositivas del propietario de la finca<sup>37</sup>. Con ello se evita la aparición de terceros que, ante la falta de inscripción del

34 RDGRN núm. 8775/2013 de 9 julio 2013, RDGRN núm. 7915/2014 de 2 junio, 2014 RDGRN núm. 1351/2016 de 19 enero 2016, RDGRN núm. 692/2018 de 27 diciembre 2017, RDGRN núm. 1023/2018 de 11 enero 2018.

35 Vid. ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución*, cit., 2018, p. 51 y ss.

36 Opinión que el Tribunal Supremo mantenía ya en Sentencia (Sala de lo Civil) núm. 1149/1992 de 11 diciembre "no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad". En igual sentido, entre otras muchas, SSTs (Sala de lo Civil, Sección Iª) núm. 310/2004 de 22 abril, núm. 859/2010, de 14 enero, núm. 861/2010, de 18 enero.

37 Hay que tener en cuenta que, en opinión de la Dirección General de los Registros y del Notariado el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar (RDGRN de 9 de julio de 2013). Opinión de la que disiento tal como me he permitido exponer en *La atribución*, cit., p. 32 y ss. El que poco importa la calificación jurídica del uso en aras a determinar su acceso al Registro queda claramente puesta de manifiesto en expresiones tales como la inscribibilidad "es algo indiscutible, pues, *sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso*" (RDGRN de 25 de octubre de 1999).

uso, invoquen la protección que dispensa el art. 34 de la Ley Hipotecaria. El Anteproyecto específicamente impone la constancia en el Registro de la Propiedad de la “restricción en la facultad dispositiva” que el derecho de uso lleva implícita por exigencias del art. 96, párrafo sexto, CC.

En segundo lugar, “la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”. El párrafo sexto del art. 96, en la redacción proyectada y al igual que acontece con la versión vigente, omite realizar alusión alguna a la sanción derivada del incumplimiento de sus previsiones, lo que ha llevado a un sector doctrinal a aplicar por analogía el art. 1322 CC a cuyo tenor “cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos”. Anulabilidad, por tanto, del acto de disposición realizado sin el asentimiento del titular del derecho de uso. En consecuencia, el titular del derecho de uso será el único legitimado para destruir la validez del acto de disposición realizado por el titular sin su asentimiento o, en su defecto, de la autoridad judicial<sup>38</sup>.

Lo que no es en modo alguno posible, con el texto vigente, es extender vía interpretación analógica el segundo párrafo del art. 1320 CC conforme al cual “la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”. Y creo que ello es así dado su carácter excepcional, al mantener en su adquisición a un sujeto que ha sido parte en un negocio anulable, lo que imposibilita toda extensión analógica del precepto (art. 4.I CC)<sup>39</sup>. A esta problemática viene a poner fin el Anteproyecto en la medida en que incorpora al texto del art. 96 idéntica previsión a la contenida en el art. 1320 del mismo cuerpo legal.

38 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 459; CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución*, cit., p. 70; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, p. 1896; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Notas sobre la adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria. (A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Supremo)”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 1282. No obstante, esta tesis, con ser mayoritaria, no es unánimemente compartida. En esta línea, ESPIAU ESPIAU (en “Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1994”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm 38, 1995, p. 673) cree que la anulabilidad es discutible y que la aplicación de los arts. 1322 y 1301 CC no está lo suficientemente justificada pues la interpretación literal de dichos preceptos conduce al resultado contrario. En su opinión, el consentimiento que exige el art. 96.IV CC no es un requisito de validez sino de eficacia, por ello el negocio que carece de dicho requisito no produce efectos frente al cónyuge no titular, de cuyo consentimiento se prescindió, mientras no se subsane este defecto. Luego, el negocio será parcialmente eficaz, y ello tiene trascendencia en relación a la posible adquisición de tercero que haya pretendido legitimarse a través de dicho negocio.

39 LÓPEZ FRIAS, A.: “El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de vivienda ganancial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 2012, p. 117; LUCINI CASARES, A.: “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, p. 114.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El texto del art. 96 CC contenido en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad da respuesta a algunos de los debates más encarnizados que el entendimiento del art. 96 CC vigente plantea. Desde esta perspectiva, merece una valoración positiva.

Sin embargo, continúa vinculando custodia/vivienda familiar, obviando la existencia de otros intereses en litigio dignos de ser tenidos en consideración, singularmente el interés del cónyuge propietario o copropietario del inmueble. En este sentido, la modificación merece el calificativo de modesta. No es esta reforma del art. 96 CC demandada desde hace largo tiempo por la doctrina y buena parte de la jurisprudencia. Excede de los límites de este trabajo el enunciado de las líneas básicas que debería recoger tal reforma, a ello he dedicado un trabajo previo<sup>40</sup>. Baste señalar que la temporalización del derecho de uso, la atribución de inmuebles distintos a la vivienda familiar, la liquidación de esta última, el abono del alquiler de una vivienda, la compensación por el uso de la vivienda familiar, el incremento del *quantum* de la prestación de alimentos son algunas de las medidas señaladas por la doctrina en aras a lograr una adecuada composición de los diferentes intereses atendibles en la unidad familiar, todas ellas omitidas por el texto de la reforma del art. 96 CC contenido en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

---

40 ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución*, cit., p. 557 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA

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

CABEZUELO ARENAS, A.L.: "El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma", en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017.

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

CERVILLA GARZÓN, M.D.: "Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la doctrina", en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017.

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

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 45, 2018, BIB 2018/6227.

COSTAS RODAL, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", en *Guía práctica de las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2017.

CUENA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda habitual", en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, 2ª ed., Aranzadi, 2017.

ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*, PPU, Barcelona, 1992.

ESPIAU ESPIAU, S.: "Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1994", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 38, 1995.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes", *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 2, 2010, EDC 2010/400444.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: "A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el art. 93 párr. 2º del Código Civil", *Ar. Civil-Mercantil*, 1997, BIB 1997\796.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 2013.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C.: "Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2013.

INIESTA DELGADO, J.J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2003", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, 2004, BIB 2004\396.

LÓPEZ FRÍAS, A.: "El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de vivienda ganancial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 2012.

LUCINI CASARES, A.: "La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T.: "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, respecto a los actos de disposición", *Actualidad Civil*, núm. 19, 2005, edición digital.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "Notas sobre la adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria. (A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Supremo)", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García*, Aranzadi, Navarra, 2012.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma", en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017.

ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones periódicas en las crisis de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017.

ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Barcelona, 2018.

PINTO ANDRADE, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas judiciales y jurisprudenciales", *Actualidad Civil*, núm. 21, 2012, edición digital.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: "Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia", *Actualidad Civil*, núm. 15, 2011, edición digital.

RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: "Atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil*, núm. 16, 2016, edición digital.

SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SANTOS MORÓN, M.J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma", *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2014, vol.I, núm. 3.

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

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

ZUMAQUERO GIL, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016, BIB 2016/85411.