

EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA HABITUAL DE LA
FAMILIA: REALIDAD NORMATIVA Y PERSPECTIVA DE FUTURO

*THE USAGE OF THE FAMILIAR RESIDENCE BY JUDICIAL ASSIGNMENT:
LEGAL REALITY AND A PREDICEBLE OUTLOOK*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 264-291



Juan Antonio
TAMAYO
CARMONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de agosto de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La heterogénea regulación del derecho de uso de la vivienda familiar, en casos de nulidad, separación y divorcio dentro de los distintos Ordenamientos civiles en España, conlleva la dificultad añadida de establecer no ya los perfiles de este derecho por lo general, atípico, sino su propio régimen jurídico frecuentemente en oposición al régimen de la titularidad de los bienes. La posibilidad de limitar su duración con independencia de la existencia de hijos in potestate, así como su carácter patrimonial a efectos de poderse compensar económicamente a través de la pensión alimenticia, son aspectos que, previstos en la legislación civil autonómica, se enfrentan a la regulación dispuesta en la legislación común del Estado, junto con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE: Derecho de uso de la vivienda familiar, caracteres del derecho.

ABSTRACT: In Spanish law there is a diversity of legal treatment of the right of use of the family home in cases of nullity of marriage, separation or divorce, which affects its legal regime. In particular, concerning to the possibility of agreeing a temporary limit in practice, with children in potestate, or being suitable with an economic compensation, issues that confront the rules of common law and the doctrine of the Tribunal Supremo with the rules of some Comunidades Autónomas that have legislated about this subject.

KEY WORDS: Right of usage of the family residence, profiles of the right

SUMARIO.- I. Introducción.- II. El derecho de uso de la vivienda familiar: panorama normativo estatal.- I. El derecho de uso y el Derecho civil común: art. 96 CC.- A) Configuración judicial del derecho.- B) Rigorismo y automaticidad en la aplicación del art. 96 CC.- 2. El derecho de uso y la Legislación civil autonómica.- A) Derecho civil catalán.- B) Derecho civil aragonés.- C) Derecho civil valenciano.- III. El derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas de regulación.- I. Anteproyecto sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio.- 2. Algunas cuestiones derivadas del nuevo panorama normativo.- A) Compensación económica por la pérdida de uso.- B) El derecho de uso y la acción de división de la cosa común.- C) Eficacia y oponibilidad del derecho de uso.- D). Titularidad del derecho de uso.- E) La limitación temporal del derecho de uso.

I. INTRODUCCIÓN¹.

La configuración de España como un Estado descentralizado tanto a nivel gubernativo como legislativo, ha dado como resultado la existencia de diversos centros normativos en materia civil, siguiendo los criterios de competencia y materia, delineados en la Constitución española de 1978. Sin perjuicio de las controversias que ha planteado y plantea la aplicación y, sobre todo, la extensión de la materia civil sobre la que pueden legislar las Comunidades Autónomas (art. 149.1º, 8ª CE), lo cierto es que en la actualidad varias son las que han legislado en materia matrimonial en general, y sobre el derecho de uso de la vivienda familiar en particular; pluralidad de regulaciones que en ocasiones se desvincula no tanto de la letra, como de la interpretación realizada por los Tribunales ordinarios y particularmente el TS.

Planteado el marco objetivo en el que se acomodará el presente estudio, es momento de apuntar cuál va a ser su contenido, comenzando con la propia referencia al derecho de uso de la vivienda familiar. A efectos de este trabajo, se ha de entender por tal a la facultad de permanecer uno de los cónyuges en lo que hasta el momento de la crisis matrimonial, había constituido la residencia habitual de los integrantes de la familia, independientemente de la existencia de hijos menores (en tal caso, se atribuirá el uso al cónyuge más necesitado de protección), y de la titularidad del inmueble; posibilidad que en todo caso deberá ser sancionada por la sentencia judicial, bien aprobando el acuerdo al que hayan podido llegar las

¹ La base de datos jurisprudenciales utilizada es CENDOJ (<http://www.poderjudicial.es>)

• Juan Antonio Tamayo Carmona

Profesor Titular de la Universidad de Valencia desde el año 2002. Es autor de numerosas monografías y artículos de revista, principalmente centradas en el ámbito del Derecho patrimonial. Igualmente ha realizado estancias en el Institute of Advanced Legal Studies (IALS) de la Universidad de Londres, y Jurisdische Bibliothek de la Universidad de Berna, e impartido cursos y ponencias en distintas universidades extranjeras, como la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia) o Universidad de Varmia-Masuria (Olsztyn, Polonia). Correo electrónico: Juan.A.Tamayo@uv.es

partes (los cónyuges) en el curso del proceso, bien decidiéndolo discrecionalmente el Tribunal, con intervención del Ministerio Fiscal en todos aquellos supuestos en que medien hijos menores o incapacitados².

Las variables que habrá de tener en cuenta el Juez a la hora de pronunciarse la atribución de tal derecho de uso básicamente se centrarán en la existencia o no de hijos *in potestate*, y en su defecto, la situación más necesitada de protección (entendiéndose que siempre lo será cuando medien hijos menores o incapacitados). Y como ya se ha apuntado, con independencia de quién sea el titular de la vivienda, privativa del cónyuge o ex cónyuge no usuario, o bien copropiedad (sea ordinaria, sea ganancial).³

La principal razón: el principio de interés del menor, que trasciende de cualquier interés patrimonial o económico de las partes, en este caso, el derecho sobre la vivienda. La naturaleza atípica de tal derecho, de reconocida eficacia *erga omnes* y de constitución judicial hará que su nacimiento suponga una evidente tensión con el régimen de propiedad en general, o lo que es igual, como el titular o cotitular del bien cuyo uso es objeto de adjudicación judicial de una forma exclusiva y excluyente al otro cónyuge o ex cónyuge, cotitular en su caso del derecho sobre la vivienda, en caso contrario, mero integrante del núcleo familiar.

Su eficacia general, acaso causada por la posibilidad de inscribir tal derecho en el Registro de la Propiedad a efectos de su publicidad y consiguiente oponibilidad, producirá una distorsión no poco importante sea del régimen de tenencia y disfrute de los bienes, sea del tráfico jurídico, no tanto en su aspecto formal (en cuanto el bien podrá ser objeto de disposición por su titular, aunque en todo caso respetando la pervivencia del derecho de uso a favor de un tercero), sino material, en lo que afecta a su valoración económica, manifiestamente disminuida por tal derecho.

La parquedad de la Ley estatal (art. 96 CC) a la hora de perfilar los caracteres de tal derecho ha dado lugar, además de una profusa producción bibliográfica en la materia, un constante aunque no siempre uniforme pronunciamiento jurisprudencial a lo largo de la vigencia de tal norma⁴, adaptándola en la medida de lo posible a la realidad social del tiempo en que se aplica.

Hoy en día, sea por la existencia de configuraciones legales del derecho de uso a nivel autonómico, y en gran medida coincidentes, sea por las necesidades

2 Cfr., en materia de medidas provisionales, arts. 103.2^o y 104 CC; como medidas *definitivas*, art. 96 CC.

3 Uno de los aspectos más controvertidos, y en los que por razones del objeto de este estudio no se va a entrar, es el de la posibilidad de reconocer tal derecho a parejas no matrimoniales. De mediar hijos menores, los Tribunales han resuelto aplicar la medida básicamente por el principio de no discriminación de los hijos, en este caso, por razón de su filiación extramatrimonial; en el caso de que no haya hijos *in potestate*, la respuesta parece ser la contraria.

4 Introducida por la Reforma del CC de 1981 (Ley 30/1981, de 7 de julio)

que vienen impuestas por la realidad social, parece conveniente no tanto revisar la doctrina jurisprudencial de la norma, como el impulso legislativo estatal en la materia; cuestión que parece haber sido atendida al encontrarse en la fase de Anteproyecto, la denominada *Ley de Custodia Compartida*, que además de otros puntos, entrará a regular el régimen jurídico del derecho de uso sobre la vivienda familiar de una forma más armónica con el resto de la legislación estatal, aunque en este caso, de ámbito autonómico.

II. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: PANORAMA NORMATIVO ESTATAL.

Tal y como se ha apuntado más arriba, en España existen en la materia relativa al derecho de uso de la vivienda habitual de la familia, diversos puntos de referencia normativos, sea a nivel estatal, sea a nivel autonómico. Así, respecto al primero de ellos, nos encontramos con la regulación del CC, y en particular, con el art. 96; en atención al segundo de los niveles, el autonómico, con las Ley catalana 25/2010, de 29 de Julio, por la que se aprueba el Libro II del CC Cat., Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, y Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Finalmente, y de forma indicaria, se hará referencia al Anteproyecto de Ley estatal sobre la denominada custodia compartida de 2011, donde parece adecuar la normativa aplicable a todos los territorios del Estado.

I. El derecho de uso y el Derecho civil común: art. 96 CC.

El tenor del art. 96 CC es el siguiente: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

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

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

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

Tal y como dispone la norma, la asignación del derecho de uso de la vivienda familiar –a resolver en todo caso por la Autoridad judicial –, se articula en torno a la existencia o no de hijos, y en su caso, la atribución de la guarda y custodia, y en segundo término, la existencia o no de un acuerdo entre los cónyuges a homologar por el Juez. En el supuesto de que medien hijos menores o incapacitados, es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en cuanto valedor legal de los intereses del menor, y la atribución del uso de la vivienda corresponderá al cónyuge *en cuya compañía queden*⁵.

En este punto, es importante subrayar que el régimen general es el de la guarda y custodia compartida siempre que se solicite por los padres, aunque excepcionalmente podrá acordarse por el Juez cuando sea solicitada por uno sólo de ellos, y se considere más beneficioso para el menor⁶. En estos casos, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar dependerá de las circunstancias del caso, a resolver en última instancia por el Juez contando con el informe del Ministerio Fiscal⁷.

A) Configuración judicial del derecho.

Centrando el tema en los caracteres del derecho de uso relativos a su duración o bien su eventual valoración económica, es constante la doctrina del TS afirmando dos aspectos: su vinculación directa al principio de *favor filii*, al entenderse como un elemento determinante de la formación integral del menor y, en segundo lugar, su marcado carácter asistencial, contenido en la obligación específica de alimentos debidos por los titulares de la patria potestad⁸. Tan sólo en el supuesto de que los hijos sean mayores de edad parece poderse establecer un término al derecho, generalmente abierto, y centrado en la independencia económica del hijo⁹. Mientras se encuentren bajo la *patria potestad* de los padres, la posibilidad de establecer un plazo transcurrido el cual se extinguirá el derecho se encuentra limitada, tanto para los propios padres, estipulando las consecuencias del proceso matrimonial, como sobre todo, al Juez¹⁰.

5 Si bien los términos del art. 96.I CC pueden dar lugar a la inclusión de los hijos mayores de edad al no hacer referencia a la *guarda y custodia*, es pacífico entender que la norma se aplicará a los hijos *in potestate*, y no a los mayores de edad. En tal sentido, STS 5 septiembre 2011 (nº. res. 624/2011), que considera que en el supuesto de que los hijos sean mayores de edad, el régimen de atribución será la del art. 96.III CC, es decir, el supuesto de no concurrencia de *hijos*. Igualmente, SSTS 11 noviembre 2013 (ROJ: STS 5468/2013) o 12 febrero 2014 (ROJ: STS 1229/2014).

6 Cfr. art. 92. 5 y 8 CC

7 Cfr. art. 92. 8º CC. El inciso relativo a que el informe debería ser *favorable* fue declarado nulo por el TC [STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185)].

8 Para una visión general del tema, *vid.* TAMAYO CARMONA, J.A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Pamplona (2003): Thomson-Aranzadi, pp. 90-104.

9 Hay que resaltar en este caso, que la obligación habitacional no derivará de la filiación, sino de la obligación genérica de alimentos entre parientes –arts. 142 y ss. CC–. Cfr. STS 5 septiembre 2011 (ROJ: STS 6237/2011).

10 Cfr. SSTS 1 y 14 abril 2011 (ROJ: STS 2053/2011 - STS 2672/2011), 17 octubre 2013 (ROJ: STS 5003/2011) y 3 abril 2014 (ROJ: STS 1356/2014). Por su parte, un pacto capitular en el que se establezca la asignación y plazo del derecho de uso de la vivienda familiar podrá desplegar plenamente su eficacia... siempre y cuando no lo impugna

Así, la posición que mantiene el TS respecto al art. 96.I CC no deja margen para la limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar; aunque igualmente se muestra favorable a tal posibilidad, como “solución de futuro”. O en otros términos, cuando se reforme la norma¹¹.

La siguiente cuestión es la posibilidad de dotar de carácter económico al derecho de uso, concretamente si puede ser sustituido por una compensación económica que integrando la pensión alimenticia de los hijos, pudiese dar respuesta a sus necesidades habitacionales. El apuntado carácter asistencial y familiar de tal derecho lo alejaría en un primer momento de poderlo considerar como un mero derecho de crédito, pero teniendo en cuenta que en esta materia rige el principio de protección al menor; tampoco se ha de erigir como un obstáculo insalvable.

Efectivamente, desde el momento en que la que ha sido vivienda familiar; donde ha transcurrido el desarrollo personal y social del menor pueda no ser considerada como idónea, digna o adecuada para la formación del hijo – p.ej., por encontrarse en un barrio conflictivo, por las causas que se crea pertinentes –, el propio principio de *favor filii* podrá aconsejar el abono en metálico de la parte de la pensión alimenticia que corresponda a ambos padres, a efectos de procurar habitación, y sin dar lugar pues, al pronunciamiento sobre quién deberá seguir en la vivienda.

B) Rigorismo y automaticidad en la aplicación del art. 96 CC

La norma del art. 96.I CC ha sido largamente aplicada de una forma sino automática, sí a partir de una interpretación cuanto menos estricta, no incluyendo en su ámbito de aplicación aquello que explícitamente no se desprenda del tenor de sus términos¹². No obstante, desde la aprobación de esta norma han pasado más de treinta años, y la “realidad social del tiempo” en que la norma ha de ser aplicada¹³ dista de ser la prevista por el Legislador de 1981.

Así las cosas, el *favor filii* o el interés prevalente del menor en cualquier decisión que pueda afectarle¹⁴, ha propiciado que el rigorismo con el que se ha aplicado el art. 96 CC atribuyendo sin más el derecho de uso al cónyuge custodio haya sido progresivamente matizado tanto por el TS, como la denominada *jurisprudencia menor*, o sentencias de las AAPP.

ninguno de los cónyuges (si bien como ya se ha apuntado, la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva, por lo que hipotéticamente podría actuar de oficio).

11 STS 17 octubre 2013, FD 1º.

12 Aplicando a su vez un criterio interpretativo lógico *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*. Ciertamente el art. 96.I no habla de la posibilidad de pactar un término o plazo de duración a la adjudicación del derecho de uso, pero tampoco impide lo contrario.

13 Art. 3.I CC.

14 Cfr., art. 2 Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Respecto a los criterios interpretativos del *favor filii* en la adopción de medidas, vid. STS 25 abril 2014 (ROJ: STS 1699/2014).

Las principales críticas al tal rigorismo en la atribución del derecho de uso cuando median hijos menores de edad son favorables a una cierta relativización del tema, integrando el peso específico de la vivienda familiar en el conjunto de la economía doméstica, acercándose la última línea jurisprudencial mantenida por el TS en la materia. Sin perjuicio de las sentencias de AAPP, que dieron lugar a los pronunciamientos del TS en recurso de casación¹⁵, ciertamente el Alto Tribunal no ha sido ajeno a la realidad económica y social y como no, su correspondiente incidencia en el ámbito familiar; en el que la vivienda se erige en la principal inversión de los cónyuges¹⁶.

Tal y como apuntó la STS 29 marzo 2011¹⁷, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar no puede configurarse como una expropiación del derecho que sobre la misma tuviese el cónyuge no beneficiado por la medida, cuando el interés del menor; a saber; habitacional, ya se encontrase suficientemente cubierto sin pasar necesariamente por la que había sido su vivienda familiar¹⁸. La atribución del derecho de uso de la vivienda muestra un incipiente desarraigo del calificativo *familiar*, integrándose en la obligación de procurar alimentos en su más amplia extensión

15 Flexibilizando los criterios de aplicación del art. 96.1 CC con base en una lectura abierta del "interés prevalente del menor", y la incidencia de la adjudicación del uso de la vivienda en las distintas economías concurrentes, y medidas a adoptar, es constante el posicionamiento de la AP de Valladolid permitiendo en su caso la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar [SSAPValladolid 19 mayo 2008 (RO):SAPVA 301/2008); 5 septiembre 2008 (RO):SAPVA 583/2008); 1 octubre 2009 (RO):SAPVA 1196/2009); 13 diciembre 2011 (RO):SAPVA 1731/2011); 25 abril 2012 (RO):SAPVA 636/2012); 18 junio 2012 (nº. res. 271/2012); 1 y 9 octubre 2012 (RO):SAPVA 1257/2012- RO):SAPVA 1333/2012)]. De igual modo, la AP de Madrid [SSAP Madrid 20 mayo 2011 (RO):SAP M 6624/2011); 10 junio 2011 (RO):SAP M 8868/2012); 16 marzo 2012 (RO):SAP M 8868/2012)...]. Tal posición ha sido rechazada reiteradamente por el TS cuando ha tenido la ocasión de pronunciarse (Así, SSTS 1 y 14 abril 2011 (RO):STS 2053/2011- STS 2672/2011); 21 junio 2011 (RO):STS 3985/2011); 5 noviembre 2012 (RO):STS 7071/2012); 17 octubre 2013 (RO):STS 5003/2013) y 3 abril 2014 (RO):STS 1356/2014).

16 Sea en régimen de propiedad, o arrendamiento. En consideración al peso específico de los gastos dedicados a la vivienda, y gastos directamente vinculados a ella, es notoriamente el más alto dentro de la renta familiar. Acudiendo a las tablas estadísticas del INE (secuencia 2006 ~ 2011), el porcentaje de tales gastos (grupos 4 y 5) supera 1/3 parte de la renta (Año 2006: 24.81 % + 5.93 % — Año 2007: 25.63 % + 5.66 % — Año 2008: 27.25 % + 5.20 % — Año 2009: 29.43 % + 5.04 % — Año 2010: 30 % + 4.87 % — Año 2011: 31.30 % + 4.71 %), porcentaje que dobla al siguiente en número, el de alimentos (grupo 1. Año 2006: 14.38 % — año 2011: 14.39 %). Vid. <http://www.ine.es/jaxiBD/tabla.do?per=12&type=db&divi=EPF&idtab=392>

17 RO):STS 1659/2011.

18 En el caso de autos, el menor venía ocupando como vivienda la adquirida por el progenitor custodio, pretendiendo que se realizase una atribución de la que había sido vivienda familiar, con independencia de que viniese siendo efectivamente ocupada. Es decir, en términos de la propia sentencia, una suerte de "reserva" de la vivienda para el hipotético caso de que no siguiese usando la que ocupaba en la actualidad. En igual sentido, SSTS 10 octubre 2011 (RO):STS 6496/2011), resolviendo un supuesto en que lo que había sido vivienda familiar había sido en concepto de precario, teniendo otra vivienda en régimen de copropiedad, arrendada a un tercero. El Tribunal permite que sigan ocupando lo que había sido vivienda familiar; pero establece como límite temporal la fecha de expiración del contrato de arrendamiento de otra vivienda, o en su caso, desde el momento en que se produzca el desalojo de los inquilinos (si es anterior). En tal caso, se adjudica el derecho de uso de una vivienda que no es ni ha sido familiar; arguyendo la obligación alimentaria de los titulares de la *patria potestad*. En igual sentido, SSTS 5 noviembre 2012 (RO):STS 7071/2012); 17 junio 2013 (RO):STS 3347/2013), en que explícitamente concluye con que el interés de menor no pasa forzosamente ni por sus apertencias, ni por mantener el uso de lo que había sido su vivienda, cuando puede ocupar otra en las mismas condiciones de dignidad. En tal sentencia, lo que había sido vivienda familiar era un complejo de 7 hectáreas de extensión, con vivienda, club social y distintas instalaciones, tanto deportivas como de ocio, contando con propia cuadra de caballos. Se atribuye el derecho de uso de la vivienda que había sido efectivamente familiar durante un plazo máximo de tres años, permitiendo ocupar al otro cónyuge otra vivienda copropiedad de ambos, hasta el momento que pase a ser ocupada por el progenitor con la guarda y custodia del hijo.

a los hijos, derivados de la *patria potestad*, por lo que teniendo siempre como punto de partida –y llegada– el interés del menor, los Tribunales podrán articular el mecanismo más conveniente para su mejor satisfacción.

Sintetizando esta doctrina del TS, en S. 17 octubre 2013¹⁹ se recogen las circunstancias que permitirán matizar, y en su caso, suprimir, el apuntado rigorismo en la aplicación del art. 96.I CC:

a) Nuevo alojamiento del padre custodio, ocupada efectivamente por el hijo menor.

b) Tenencia de un inmueble, apto para satisfacer las necesidades habitacionales del menor; aunque no haya sido ocupada efectivamente ni haya tenido carácter de *familiar*.

c) Que no es contrario al *favor filii* ni al interés del menor el establecimiento de una limitación temporal al derecho de uso, cuando las necesidades del menor puedan estar cubiertas

Con estos elementos, parece que el automatismo de la medida a adoptar al tenor del art. 96.I CC queda sensiblemente relajado, al menos en lo que afecta a la prestación *in natura* del derecho de habitación de los menores: la vivienda ni tendrá que ser la que venía siendo habitual (vivienda familiar), ni siquiera tendrá que haber sido ocupada en el pasado, y además, es posible su limitación temporal. ¿Podrá ser cumplida *por equivalente*?, o en otros términos, ¿mediante una compensación económica integrada en la pensión alimenticia?

El TS no ha llegado a tanto: aun manejando tales circunstancias para limitar el rigorismo en la aplicación de la norma. Siguiendo con la S. 17 octubre 2013,

19 ROJ: STS 5003/2013. El recurso de casación resuelve un supuesto de limitación temporal y ulterior compensación económica de la adjudicación del derecho de uso de lo que había sido la vivienda habitual de la familia, a resultas de un procedimiento de divorcio. Sucintamente, el proceso se inicia por la vía penal ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer n°. 1 de Valladolid, y se decreta entre otras medidas civiles, adjudicar el mencionado derecho de uso a la demandante y al hijo común del matrimonio. Tal fallo se recurre en apelación por el demandado, a la par propietario del inmueble, solicitando entre otras cuestiones, la modificación de tal medida con base principalmente a dos razones: en primer lugar, no se podía considerar como vivienda familiar en cuanto la demandante había abandonado el domicilio junto al hijo común, estableciéndose en casa de sus padres hasta la resolución en primera instancia, y en segundo lugar, que dispone de recursos económicos suficientes para satisfacer las necesidades habitacionales del hijo e otro inmueble mediante la correspondiente compensación en la pensión alimenticia. La AP de Valladolid, en S. 9 octubre 2012 (ROJ: SAP VA 1333/2012), recoge tales argumentos y modifica parcialmente la medida de asignación del derecho de uso, estableciendo un límite temporal de tres años, y remite a una correspondiente modificación de la pensión alimenticia a favor del menor, incrementándola en su caso por el cese del uso de la vivienda (incremento que podía ser cumplido suficientemente por el deudor). Hay que señalar que el niño tenía en el momento de los autos 4 años, y cuando se trasladó de vivienda, dos años. El Ministerio Fiscal recurre en casación por infracción del art. 96 CC basándose en la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 1 de abril de 2007, según la cual, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de protección del menor, no pudiendo ser limitado por el Juez salvo en el supuesto previsto por el propio art. 96.III 3º CC (inexistencia de hijos). El TS estima el recurso.

establece que no obstante a lo ya apuntado, el interés del menor exige que exista una previsión concreta y determinada respecto a la satisfacción de sus necesidades habitacionales, más en el supuesto de que se haya podido establecer un plazo al derecho de uso. Y no considera que se satisfaga tal deber alegando una simple modificación de las medidas económicas adoptadas, en concreto, con el incremento de la pensión de alimentos, una vez llegado el *dies ad quem*.

En este punto, el TS es terminante: la norma del art. 96.l “no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al Ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”.

Aunque considera que pudiese ser “una solución de futuro” en una eventual reforma de la Ley, la norma del art. 96.l, dice, es taxativa.²⁰

2. El derecho de uso y la Legislación civil autonómica.

Distintas Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia civil han legislado sobre esta materia, a propósito de la regulación de la denominada custodia compartida, y la consecuente reordenación de las medidas judiciales a adoptar en el procedimiento matrimonial, en particular, la atribución en su caso del derecho de uso de la vivienda habitual. Y ciertamente, en tales cuerpos normativos se establece un régimen de asignación que difiere sensiblemente del contemplado en el CC, al menos en los términos en que ha sido interpretada la norma del art. 96.l.

En concreto, cuatro han sido las leyes autonómicas que han regulado la materia, aunque de ellas serán tres las que entren con el régimen de uso de la vivienda. Se trata de las Leyes 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del CC Cat. (Persona y Familia), la Ley del Parlamento Aragonés 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres²¹, y la Ley de la Generalitat Valenciana 5/2010, de 1 de abril, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos Progenitores no conviven²².

20 Que efectivamente contempla el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de 19 de julio de 2013, que reformaría entre otros, el art. 96 CC.

21 Integrada en el RDLg. 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código de Derecho Foral Aragonés.

22 Igualmente se encuentra la Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que no será objeto de exposición al centrarse en los aspectos estrictamente personales (guarda y custodia).

A) Derecho civil catalán.

El tenor del art. 233-20 (*Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar*^{23*}) es el siguiente:

1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados.

2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.

3. No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:

a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.

b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.

c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.

4. Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.

23 * Texto oficial en castellano (BOE 21 de agosto de 2010, núm. 203).

7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.

El régimen de adjudicación de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial se encuentra recogido en los arts. 233-20-25 CC Cat.²⁴, en una regulación que destaca por resolver buena parte de las cuestiones que a lo largo del tiempo se habían planteado en su aplicación. Centrando el tema, el apuntado rigorismo del art. 96.I CC queda desplazado por una relativización del concepto de *vivienda familiar*, cuyo uso, o continuación en su uso, se determinará en atención a dos principios –y no ya sólo uno–: el de *favor filii*, o interés o beneficio del menor; y del “interés más necesitado de protección”, se entiende, de cualquiera de los cónyuges con independencia de que sea los que tengan la guardia y custodia de los hijos. Y no menos importante, la medida se entenderá comprendida dentro del deber de alimentos permitiendo que, atendiendo a los principios apuntados, la medida pueda ser sustituida por una prestación económica que satisfaga cumplidamente las necesidades habitacionales de los menores.

Así, tal y como dispone la norma la regla general será la atribución del uso de la vivienda al progenitor custodio (art. 233-20.2 CC Cat.), aunque podrá adjudicarse al no guardador atendiendo a determinadas circunstancias, que atenderán principalmente al interés del cónyuge más necesitado de protección²⁵. Pero como regla general, tendrá su primera excepción en su siguiente ordinal: los supuestos en que no habiendo perjuicio a los hijos, la necesidad del padre no custodio así lo aconseje. Es especialmente significativo este punto, al poderse apreciar que el interés de los hijos, sus necesidades existenciales, por decirlo resumidamente, no pasan de manera necesaria por continuar en la ocupación del inmueble, bastando con que puedan ver satisfecha su necesidad de habitación en condiciones similares a las que venían disfrutando (art. 233-20.4 CC Cat.).

En tal sentido, la relativización del derecho de uso de la vivienda²⁶ y su supeditación a las circunstancias económicas de los titulares de la *patria potestad* se corrobora explícitamente con lo dispuesto en el artículo siguiente; el 233-21 CC Cat., que permite que no haya lugar a la adjudicación del uso cuando, a solicitud de uno o ambos cónyuges, el beneficiario tenga recursos suficientes para cumplir las necesidades de vivienda propias como la de sus hijos, o el no adjudicatario

24 Lb- II, Persona y Familia Tit. III, La familia, Cap. III, Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial, Secc. 4ª, Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.

25 Sea porque no haya hijos *in potestate*, o habiéndolos, la situación del cónyuge que tenga su guarda hace prever que una vez que será, o seguirá siendo, el interés más necesitado de protección (art. 233-20.3 CC Cat.).

26 Que no necesariamente deberá ser la *familiar* (cfr. art. 233-20.6 CC Cat.).

pueda cumplir debidamente las pensiones tanto alimenticias de los hijos, como compensatoria, en su caso²⁷.

Así las cosas, y entrando con la posibilidad de limitar la asignación del uso de la vivienda, de una primera lectura de la norma parecería obtenerse la conclusión de que resulta obligado realizar una distinción, según hayan mediado hijos menores o no. De modo que la posibilidad de establecer un plazo que limitase el derecho sólo cabría en el segundo de los supuestos, y no cuando los hijos *in* potestate hayan sido causa principal de la adjudicación (*rectius*, el principio de interés prevalente de los menores)²⁸. Pero tal impresión puede resultar aparente, en cuanto en los supuestos de adjudicación del derecho de uso atendiendo a la custodia de los hijos, la finalización de la guarda actúa como primera causa de extinción del derecho, sea por modificación sobrevenida, sea por la emancipación del menor²⁹. Se trataría lógicamente de un plazo *sui generis*, pero que reafirma el carácter esencialmente temporal del derecho, tanto por la limitación legal, como la convencional o judicial³⁰.

Finalmente, con relación a la cuestión relativa al carácter patrimonial o no del derecho de uso, y su posibilidad de ser computado en las partidas estrictamente económicas de la ruptura matrimonial –pensiones, de carácter alimenticio o compensatorio–, de lo ya expuesto se sigue su naturaleza económica. La medida se contempla como una forma de satisfacer la obligación de alimentos *in natura*, que repercutirá en la pensión alimenticia debida a los hijos –disminuyéndola proporcionalmente–; igualmente se permite poder darle cumplimiento *por equivalente*³¹, y por último, deberá ponderarse en la cuantificación de la pensión compensatoria del cónyuge que hubiese sufrido desequilibrio económico, cuando sea beneficiario de la medida³².

B) Derecho civil aragonés.

La Comunidad Autónoma de Aragón ha tenido igualmente la oportunidad de regular la materia a partir de la custodia compartida, en su Ley 2/2010, de 26

27 Art. 233–21.1. *Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda.*

La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos: a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.

28 Cfr. art. 233-20.5 CC Cat.

29 Cfr. art. 233-24.1 CC Cat.

30 Vid. STSJ Cataluña 3 febrero 2014 (ROJ: STSJ CAT 8/2014). En especial, su FJ 5°. Respecto a la doctrina jurisprudencial anterior a la ley 25/2010, vid. STSJ Cataluña 15 abril 2013 (ROJ: STSJ CAT 5325/2013).

31 Cfr. Arts. 233.20.7 y 233-21.1 b) CC Cat. Se trataría de un caso de “retribución directa y en especie” de la obligación de alimentos [SAP Barcelona 10 abril 2014 (ROJ: SAP B 3265/2014)].

32 Cfr. art. 233.20.7 CC Cat. Vid. como ejemplo de aplicación, SAP Barcelona 9 abril 2014 (ROJ: SAP B 3505/2014).

de mayo³³, hoy integrada en el Código de Derecho Foral de Aragón [en adelante CDFA]³⁴. Básicamente, habrá que estar a las normas de los arts. 81 y 83 del CDFA, que regulan respectivamente el régimen de atribución del derecho de uso, tanto en situaciones de custodia compartida como individual, y el segundo de ellos, la oportunidad y cuantificación de la pensión compensatoria a favor del cónyuge que hubiese sufrido un desequilibrio patrimonial.

El tenor del art. 81 CDFA (*Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar*) es el siguiente:

1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor:

3. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables.

La primera observación que cabría hacer es la alusión al *interés de las relaciones familiares* como elemento a tener en cuenta por el Juez a la hora de tomar cualquier decisión relacionada con la adjudicación del uso de la vivienda; sea en supuestos de custodia compartida, en que ninguno de los padres tenga un interés más digno de protección, sea en los supuestos de custodia individual, sea finalmente para decidir no haber lugar a la atribución del uso, y ordenar la enajenación de la vivienda (casos de copropiedad).

La extensión de lo que se entiende por *relaciones familiares* actúa en un doble plano, si bien teniendo como finalidad el beneficio del menor. En un plano vertical, en

33 De Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los padres.

34 DLg. 1/2011, de 22 de marzo, en el que se refunden las distintas leyes forales.

cuanto a las relaciones con los titulares de la patria potestad³⁵, y un plano horizontal, o relativo al derecho de los hijos a relacionarse con sus hermanos, abuelos, “y otros parientes y personas allegadas”³⁶. Así, este principio de salvaguardar las relaciones familiares del menor se articulará como un concepto integrante del *favor filii*, debiendo pasar por él en cuanto no haya circunstancias que lo desaconsejen³⁷.

La principal consecuencia de ello con relación a la adjudicación del derecho de uso de la vivienda, es su desvinculación ser el titular de la guarda y custodia del menor, tanto en casos de custodia compartida (art. 81.1 CDFA), como en casos de custodia individual, en que el régimen de asignación, si bien inicialmente ligado al régimen de la custodia, se encontrará supeditado a que el interés de las *relaciones familiares* no aconseje lo contrario (art. 81.2 CDFA).

En consideración a la posibilidad de limitar temporalmente el derecho de uso, en los supuestos de que otorgue a un sólo progenitor, el art. 81.3 CDFA impone el deber de señalar un plazo de una manera general y sin distinguir si concurren hijos menores o no; fijación que quedará a la discrecionalidad del Juez en atención a las circunstancias familiares³⁸.

Finalmente, la ley aragonesa configura al derecho de uso con un denotado carácter económico, además de ser partida computable en materia de cuantificar la pensión compensatoria [art. 83.2 d) CDFA], no hay inconveniente legal a poder suplir la medida con un incremento de la pensión alimenticia a los hijos, siempre que ello sea más acorde al interés de las relaciones familiares (e incluso habilitándose al Juez para *acordar* la venta de la vivienda en los supuestos de copropiedad – art. 81.4 CDFA–; *acuerdo* que parece exigir al menos la conformidad de alguno de los comuneros, so pena de entenderlo como un supuesto de *venta forzosa*).

C) Derecho civil valenciano.

La última de las regulaciones hasta el momento en esta materia es la Ley, 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven [en adelante LVRF]³⁹, siguiendo en cierta medida la tónica del resto de normas autonómicas, pero flexibilizando aún más el régimen de atribución.

35 Cfr. art. 76.3 CDFA.

36 Art. 77 CDFA; relativo al contenido mínimo del *pacto de relaciones familiares*, documento en el que los cónyuges acordarán las consecuencias tanto personales como patrimoniales de la ruptura, en cualquier caso supeditadas a la aprobación del Juez.

37 En tal sentido, SSTSJ Aragón 1 julio 2013 (ROJ: STSJ AR 999/2013) y 11 julio 2013 (ROJ: STSJ AR. 1002/2013).

38 SSAP Zaragoza 25 marzo 2014 (ROJ: SAP Z 645/2014), FD 3º; 8 abril 2014 (ROJ: SAP Z 646/2014), FD 5º. En ambas resoluciones, el plazo establecido al derecho de uso de la vivienda vence siendo los hijos menores de edad.

39 Objeto de recurso de inconstitucionalidad, actualmente en trámite.

El tenor del art. 6 LVRF (*Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar*) es el siguiente:

1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos menores a uno solo de los progenitores.

2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

4. El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.

5. El ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial.

De una primera lectura de la norma, se pueden fijar cuatro puntos de atención: la relativización del concepto de vivienda familiar; a efectos de la adjudicación del derecho de uso; la desvinculación del régimen de asignación al sólo principio de *favor filii* o beneficio del menor; en tercer lugar, la patrimonialidad del derecho, o la posibilidad de suplirlo mediante prestaciones de carácter económico, y por último, la temporalidad del derecho, cualesquiera que sean las circunstancias de la atribución.

Respecto al primero de los puntos, la relativización del concepto de vivienda, parece que deja de ser necesariamente la habitual o la que venía siendo ocupada de forma estable por la familia hasta el momento de la ruptura. Tal y como dispone el art. 6.2 LVRF, cuando la vivienda familiar fuese común, o bien privativa de cualquiera de los cónyuges, no habrá lugar para la atribución del derecho de uso, siempre que el cónyuge beneficiado con la medida fuese titular de derechos sobre una vivienda que “le faculden para ocuparla como tal vivienda familiar”; o bien, si esta circunstancia es sobrevenida – esto es, que habiéndose ya adjudicado el derecho de uso, con posterioridad adquiriere la titularidad de una vivienda–, le podrá fin.

Al menos surgen dos interrogantes: las condiciones que deberá reunir la *nueva* vivienda para que pueda ser objeto de *ocupación como vivienda familiar*, y en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, la falta de afección de la vivienda a la nota de habitualidad. Comenzando por este último, ello es acorde con la postura del TS, tal y como se ha indicado más arriba, siempre que se puedan satisfacer las necesidades del menor de una forma digna, y no se supongan perjuicio alguno, la vivienda no deberá ser necesariamente la que se venía ocupando.⁴⁰

Respecto a la segunda cuestión, esto es, qué las condiciones a reunir la vivienda *no habitual* para ser *familiar* y evitar o finalizar la atribución del derecho de uso, todo parece indicar que tendrá que reunir aquellas que la hagan similar a la anterior; sea por el principio prevalente de interés del menor; sea por lo que se dispone en la norma respecto al derecho de compensación económica del cónyuge titular o cotitular de la vivienda cuyo uso se atribuye al otro: una cuantía que tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, las “rentas pagadas en viviendas similares en la misma zona”.⁴¹ No obstante, tal acercamiento puede no resultar convincente. Tal y como se ha apuntado tanto en sede de Derecho estatal, y la interpretación del art. 96.I CC por los Tribunales, como de legislación autonómica, el centro decisorio de la atribución del derecho de uso de la vivienda, siendo el interés del menor el principio a seguir, deberá tener en cuenta el resto de circunstancias concurrentes que, barajadas todas, pueden desaconsejarla por su incidencia negativa dentro de lo que es el conjunto de efectos de la ruptura de la convivencia⁴².

40 SSTS 5 noviembre 2012 (ROJ: STS 7071/2012) y 17 junio 2013 (ROJ STS 3347/2013).

41 Cfr., art. 6.I LVRF.

42 Un ejemplo de ello lo encontramos en la ya apuntada STS 17 junio 2013, en que concurriendo la vivienda familiar con otra vivienda propiedad de los cónyuges, se termina adjudicando la que no había sido ocupada por

De lo apuntado se puede desprender la práctica desvinculación de lo que es la ocupación de la *misma* vivienda, del principio de beneficio del menor. Efectivamente, desde el momento en que la propia ley permite no adoptar medida alguna en consideración al uso de la vivienda – art. 6.2 LVRF –, el mencionado principio parece adoptar una dimensión pasiva: más que beneficio, se estaría ante un *no perjuicio*, desde el momento en que sus necesidades alimenticias, donde se incluye la habitación, se encontrarían satisfechas.

Y ello enlaza directamente con la mencionada patrimonialidad del derecho, que actuaría en dos sentidos no obstante coincidentes en un punto: la posibilidad de compensar el valor el uso de la vivienda por parte del no propietario o bien copropietario –art. 6.1 LCRF- , y en segundo lugar, la repercusión inmediata en la partida correspondiente a la pensión alimenticia del menor, cuando cese el derecho. El primero de los aspectos, además de encontrarse legalmente prescrito en la Ley, encuentra dos formas de ejecutarse: mediante una prestación económica de la que será deudor la parte beneficiaria de la medida, o bien detrayéndolo de la cantidad fijada en calidad de alimentos debidos por el acreedor. Ahora bien, tales formas de cumplimiento presentan al menos una cuestión: a título de qué se estaría compensando, y por quién. O en otros términos, si se trata de un derecho de crédito contra el cónyuge, o contra el menor. Esta última opción debe ser rechazada, en cuanto el deber y derecho de alimentos es una obligación legal de carácter gratuito⁴³. Por lo que atendiendo a la primera, esto es, un crédito entre los cónyuges, se fundamenta, tal y como dispone la norma en la pérdida de uso y disposición del inmueble por su titular, u otro cotitular, siendo deudor en cualquier caso el progenitor usuario de la vivienda⁴⁴.

Ahora bien, esta explicación no responderá al hecho de que pueda ser pagada detrayendo la pensión alimenticia cuyo acreedor es el menor. Si la razón es compensar la pérdida de uso, la pensión alimenticia del menor no debería entrar a colación.

Y por último queda el tema de la temporalidad del derecho de uso, y la posibilidad de limitarlo en el tiempo, en cualquiera de los supuestos de adjudicación⁴⁵. La relativización de lo que puede entenderse como *vivienda familiar* a efectos de su adjudicación en supuestos de ruptura de la convivencia, favorece cuando no justifica el

la familia, manifiestamente inferior en servicios e infraestructuras y además, fuera del entorno del menor.

43 La norma habla de “gastos ordinarios” debiéndose entender integrada la pensión alimenticia a los hijos *vid.* SSAP Valencia 10 y 18 febrero 2014 (RO): SAPV 616/620/718/2014) y 18 marzo 2014 (RO): SAPV 1214/2014).

44 En tal sentido, SAP Valencia 24 enero 2013 (RO): SAPV 714/2013), detrayendo de la pensión alimenticia (gastos ordinarios) la cantidad que se estima compensatoria de la pérdida de uso, debida por el progenitor atributivo de la medida (FD 5º).

45 Art. 6.3 LVRF. En términos similares al art. 8.3 CDFa, con relación a la adjudicación del derecho cuando medie la guarda y custodia de menores resultará frontalmente contrario a la legislación estatal (art. 96 CC) y la interpretación dada por el TS, más arriba expuesta. Parte de la doctrina ha dudado de su constitucionalidad [así, DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)”, *La Ley* (2014), núm. 8299, p. 7].

carácter temporal de la medida. Y es que entendiéndola como un elemento integrante de la obligación de alimentos —con independencia que sea la obligación genérica, o bien la debida por razón de la filiación—, es difícil mantener su absoluta intangibilidad y autonomía con el resto de circunstancias concurrentes (especialmente, la económica). Lo debido es procurar habitación, es decir, vivienda, no *la vivienda*⁴⁶.

III. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: NUEVAS PERSPECTIVAS DE REGULACIÓN.

Una vez expuesta la diferente regulación del derecho de uso de la vivienda familiar, ha quedado patente la existencia de no pocos puntos de desencuentro, principalmente con relación al régimen del art. 96 CC. La oportunidad de legislar en materia de la denominada *custodia compartida* de forma íntegra por parte de algunas Comunidades Autónomas —cuando procede, y especialmente, cuando no procede— es lo que la ha separado de la regulación estatal.

La reforma llevada a cabo en el año 2005 del art. 92 CC⁴⁷ introdujo la custodia compartida de los hijos en supuestos de ruptura de la convivencia de los padres, pero no afectó al resto de efectos derivados de la misma⁴⁸. Cosa distinta a la regulación autonómica, que igualmente reguló tanto la oportunidad de acordar la *corresponsabilidad parental* con relación a los hijos (custodia compartida) y sus efectos, como la concesión de la guarda y custodia a uno de los progenitores... y también sus efectos, en particular, la adjudicación del derecho de uso de la vivienda, en una regulación además que se aleja de la regulación civil común, y la interpretación dada en su aplicación por los Tribunales.

En la actualidad se encuentra en fase de elaboración parlamentaria una reforma integral del CC en materia matrimonial, en un intento de ordenar normativamente a nivel estatal una materia que poco dependerá del lugar de aplicación de la norma —la filiación—, y que una vez más se va a encontrar con las pautas ya marcadas.

I. Anteproyecto sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. 49

Centrando el análisis en la atribución del derecho de uso de la *vivienda*, la propuesta de regulación modifica considerablemente el art. 96 CC, y lo más importante, lo adecúa a las directrices dadas tanto por la normativa autonómica en

46 Al igual que lo debido es sufragar la educación, no ya que el menor siga yendo al mismo centro educativo, necesariamente.

47 Ley 15/2005, de 8 de julio.

48 Salvo la pensión compensatoria, del art. 97 CC.

49 De 19 de julio de 2013, y enviado al Consejo de Estado para su dictamen el 21 de abril de 2014 (vid. http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html#id_1288781679861).

la materia, y en cierta medida, a la propia interpretación del art. 96 CC dada por el TS.

A tenor del art. 8 del Anteproyecto, el art. 96 CC queda redactado del siguiente modo:

1. En defecto de acuerdo de los progenitores aprobado judicialmente sobre el lugar o lugares de residencia de sus hijos, el Juez acordará lo que considere procedente para la protección de su interés superior; en congruencia con las medidas adoptadas sobre su guarda y custodia, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda. Del mismo modo deberá determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquél con el que los hijos tengan mayor vinculación.

2. Cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección.

El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos.

En todo caso, si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

Si los cónyuges no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada a alguno de ellos, el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuere exclusiva o compartida, y aquélla fuere privativa del otro progenitor o común a ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos.

Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año.

4. La atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla.

5. Mientras se mantenga la atribución de uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por periodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupe la vivienda.

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

Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar; incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

6. Si los cónyuges poseyeren la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Cuando los cónyuges detentaren la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste les reclame su restitución.

7. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido al progenitor no titular de la misma por razón de la guarda y custodia de los hijos, se precisará el

consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial, debiendo poner en conocimiento del Juzgado la nueva residencia de los hijos.

8.El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”.

Tanto de la Exposición de Motivos como del texto de la norma se plasma que el principio rector de la atribución del derecho de uso será el interés superior de los hijos, y garantizar su derecho a una vivienda –art. 96.I CC–, pero ni éste pasará necesariamente por la guarda y custodia de los hijos ni ésta por la que se venía ocupando anteriormente –art. 96.2.II CC–.

Efectivamente, se amplían las circunstancias a tener en cuenta para la determinación del *interés superior de los hijos*, como son las necesidades de los padres, y la titularidad del derecho de ocupación sobre la vivienda, e incluso su naturaleza jurídica, que en el caso de no ser el de propiedad, el régimen del derecho de uso vendrá limitado por el título constitutivo de aquél –art. 96.6 CC–.

Sin perjuicio de los diferentes matices que presenta esta nueva regulación en comparación con el todavía vigente art. 96 CC, explícitamente se reconoce el carácter temporal de la asignación, estableciendo su duración por la misma ley -art. 96.3 CC–, y en segundo lugar, el carácter patrimonial del derecho de uso – art. 96.4 CC –.

Con independencia del tipo de guarda que se haya acordado –u ordenado–, cuando se haya atribuido el derecho de uso por razón de ésta, el derecho durará hasta que “cese la obligación de prestarles alimentos”, cuestión que se resuelve, sin solución de continuidad entre minoría y mayoría de edad, por la introducción de dos nuevas causas de cese de la obligación de alimentos (ahora ya genéricos) en el art. 152 CC, en especial la 5ª, disponiendo que en los casos en que el alimentista sea descendiente del alimentante, cesará la obligación cuando alcance su independencia económica, o pudiese alcanzarla siempre que su estado de necesidad le fuese imputable⁵⁰.

En el supuesto de que la atribución del derecho de uso no se hubiese realizado por razón de la guarda y custodia; sea porque no haya hijos *in potestate*, sea porque aun habiéndolos, el uso de la vivienda no se considera determinante –*interés superior del menor*–, no podrá prolongarse más de dos años si es privativa del cónyuge no usuario, o bien común. O en otros términos, no podrá haber un uso exclusivo y

50 Art. 152. 5ª § 1º: 5º Cuando el alimentista sea descendiente mayor de edad del obligado a dar alimentos y adquiera la independencia económica por disponer de ingresos que le permitan costearse sus propias necesidades, o esté en disposición y condición de procurárselos por sí mismo, aun cuando no los tenga, si su situación de insolvencia es achacable a su mala conducta o a la falta de aplicación al trabajo. Asimismo, cesará cuando no haya terminado su formación por causa que le sea imputable, o una vez completada, no se encuentre en búsqueda activa de empleo o tenga el propósito firme y decidido de ejercer una actividad económica por cuenta propia.

excluyente de la vivienda ajena – total o parcialmente– cuando el interés de los hijos no pase por continuar ocupando la vivienda habitual.

Este plazo de dos años podrá ser prorrogado por un año, de manera *excepcional* y a instancia del beneficiario tres meses antes de la llegada del *dies ad quem* –art. 96. 3. II 2° CC–.

Y finalmente, cabe hacer alguna reflexión respecto al contenido patrimonial del derecho de uso. De igual modo que en las leyes autonómicas, se le dota de un carácter susceptible de valoración económica. El derecho de uso será tomado en consideración a la hora de determinar la cantidad de las pensiones, tanto alimenticias como en su caso, compensatorias, y su correspondiente adecuación cuando cese el uso de la vivienda –arts. 96. 4 y 97. 9° CC–. Por ello, tampoco debería haber ningún obstáculo para permitir que, atendiendo a las circunstancias y siempre teniendo como norte el interés de los hijos, se pueda suplir la *cesión* del uso de una vivienda privativa –total, o parcialmente– con una prestación económica equivalente, que permita a los hijos asegurar su *derecho a una vivienda*. Por otra parte, no parece que se reconozca un derecho de compensación económica al cónyuge no usuario por la pérdida del uso, al menos en su forma positiva.

2. Algunas cuestiones derivadas del nuevo panorama normativo.

Tras la exposición tanto de la doctrina jurisprudencial, como de la normativa autonómica y propuesta de reforma del art. 96 CC, es momento de realizar un sucinto análisis conjunto, en consideración a algunos aspectos especialmente problemáticos en su configuración y régimen jurídico.

A) La compensación económica por la pérdida del uso.

De lo expuesto hasta este momento, el derecho de uso es partida computable a efectos de fijar las pensiones que puedan resultar de la ruptura de la convivencia, y en consideración a la debida a los hijos, se entiende como una prestación *in natura* del derecho de habitación, dando un paso más hacia la patrimonialización de la asignación del uso de la vivienda⁵¹.

Pero del mismo modo se le habrá que tener en cuenta con relación a la pensión compensatoria que pudiese imponerse a favor del cónyuge, circunstancia que alejará al derecho de uso de su carácter familiar; en tanto y cuanto el fundamento de ésta es exclusivamente patrimonial –desequilibrio económico–. Así, parece que el derecho de uso de la vivienda presentará una doble finalidad, en atención a las

51 Al respecto, en la redacción del art. 96 CC vigente, se incluía la posibilidad de dar lugar con la adjudicación del derecho de uso a las “debidamente compensaciones” económicas al no beneficiario; cláusula que fue suprimida en el informe de la ponencia al Congreso, por enmienda presentada por el grupo comunista [vid, AA.VV.: *Código civil (Reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios* (dir. SANTAOLALLA). Madrid (1985): CC.GG, p. 1.273].

circunstancias: mecanismo de pago en especie de la obligación de alimentos debida por el progenitor; y forma de compensar económicamente tanto la pérdida de uso de la vivienda, como el uso exclusivo de la misma en pro del otro cónyuge (acreedor de la pensión compensatoria).

De las dos formas de *compensación* económica contempladas por la legislación autonómica a saber; detrayendo el equivalente de las pensiones que se devenguen, o como contempla la legislación valenciana, generando un derecho de crédito por la pérdida de uso, tan sólo la primera de ellas parece recogerse en el anteproyecto de ley estatal, lo que en principio evitaría las cuestiones que más arriba he apuntado en consideración a la generación de un derecho de crédito por la pérdida/adquisición del uso y disposición de la vivienda. No obstante, quedaría sin contestar cuál sería la contribución del progenitor beneficiado con el derecho de uso al deber de costear, dentro de la pensión de alimentos de la que sigue siendo deudor; las necesidades habitacionales del menor⁵².

B) El derecho de uso y la acción de división de la cosa común.

Es uniforme la doctrina del TS a la hora de hacer compatibles el ejercicio de la acción de división, con derecho de uso de la vivienda asignado a uno de los copropietarios, manteniéndolo aun en los casos de enajenación en pública subasta con licitación de terceros⁵³. Ello junto a la consideración del derecho de uso no como una carga –derecho familiar; y no patrimonial– sino como una limitación de disponer; ha dado lugar a determinadas disfunciones de la acción de división, al no valorarse económicamente el derecho de uso, aunque lógicamente depreciará su valor en el momento de ser enajenada perjudicándose en primer término, a ambos copropietarios –puesto que el derecho de uso no es vitalicio–, pero en especial al que no tiene el derecho de uso⁵⁴.

Así las cosas, el acercamiento del derecho de uso a cierto carácter patrimonial podría conjurar tales cuestiones, al poderse tener en cuenta el valor de uso del bien en la tasación del inmueble. Así, si se procede a la división sin dar lugar a la enajenación en pública subasta, el comunero no usuario detraería del precio final

52 Que serían cumplidas por uno sólo de ellos. Rebajar la pensión de alimentos en supuestos de guarda y custodia individual no supone que el custodio aumente su contribución.

53 Entre muchas, SSTS 28 marzo 2003 (ROJ STS 2152/2003); 8 mayo 2006 (ROJ STS 2882/2006) o 21 noviembre 2007 (ROJ STS 7758/2007).

54 Es curiosa la STS 27 junio 2007 (ROJ STS 4474/2007), en que se incide en la valoración o no del derecho de uso de la vivienda – a propósito de la enajenación en pública subasta, con licitación de terceros –, al solicitar la parte beneficiada con la medida que se hiciese un reparto desigual del precio que se obtenga: 1/3 para la otra parte, y 2/3 para sí, valorando el derecho de uso, que en cuanto beneficiada, perdería con la venta (aunque en las alegaciones de instancia, no solicita su extinción ni lo contrario). El Tribunal Supremo confirma la compatibilidad de la acción de división, con el mantenimiento del derecho de uso, y su no valoración económica, suponiendo una lógica devaluación a la hora de ser adquirida la vivienda por un tercero. El derecho de uso cesará o por acuerdo entre los cónyuges, o por una alteración sustancial de los presupuestos de adjudicación, a resolver por el correspondiente procedimiento matrimonial.

la cantidad estimada, mientras que si es el comunero usuario el que opta por la adquisición del bien, debería pagar íntegra la cuota del otro (50 % del valor de tasación). Y en los supuestos en que se abriese una subasta pública con licitación de terceros, permitiría hacer un reparto desigual del precio que se obtenga.

C) La eficacia y oponibilidad del derecho de uso.

Expresamente en el Anteproyecto se dispone a la posibilidad de inscribir la atribución del derecho de uso en los Registros públicos correspondientes, y en especial, en el de la Propiedad –art. 96.8 CC–, sin entrar en la debatida cuestión de su naturaleza jurídica y su eficacia *erga omnes*. Con este reconocimiento queda ya fuera de controversia la posibilidad de solicitar la inscripción no ya de las demandas, previsto por el art. 102 CC y art. 727.5ª LEC en la forma de medida cautelar, también de las resoluciones judiciales o los convenios reguladores (refrendados por el Juez) en que se pronuncian sobre el derecho de uso de la vivienda, de una forma *definitiva*⁵⁵.

A este respecto, es especialmente importante la relación que, frente a una ejecución hipotecaria, tendrá o se le dará al derecho de uso constituido con posterioridad a negocio. Es regla general que ésta impone la liberación de todo gravamen o carga posterior, a saber, de carácter patrimonial. Ante esto, se ha planteado si sería objeto de purga o cancelación, otorgándole la impronta a una carga o gravamen real, y en su caso si puede servir de justo título para oponerse a la puesta de posesión del bien ejecutado, a instancia del adquirente en pública subasta. El carácter *familiar* o al menos no directamente patrimonial del derecho de uso, así como su carácter temporal, podría llegar a hacerlo resistente incluso en supuestos de ejecuciones hipotecarias⁵⁶.

En cualquier caso, la no inscripción del derecho de uso no significará su inoponibilidad a terceros, cuando haya cumplida prueba de que era conocedor de la posesión del bien inmueble por un tercero, y del título por el que lo ocupa.⁵⁷

55 En la actualidad, cfr., art. 774 3 y 4 LEC. Respecto a la doctrina de la DRGRN, las principales controversias se han centrado no en la posibilidad de inscribir, sino en la posibilidad de que el convenio regulador, aprobado por el Juez, puede integrar con la misma eficacia aspectos que no sean los directamente derivados de la liquidación del régimen económico matrimonial. Así, liquidación de bienes en régimen de copropiedad ordinaria, o atribuciones a terceros (terceros con relación a los cónyuges). Vid. RRDGRN 29 julio 2011 (BOE-A-2011-19117); 8 mayo 2012 (BOE-A-2012-7635) y 26 junio 2013 (BOE-A-2013-8164).

56 En tal sentido, SAP Madrid 18 enero 2006 (ROJ: SAP M 923/2006), que hace prevalente el derecho de uso frente al derecho del adjudicatario en pública subasta. Recurrida ante el TS, se estima el recurso reconociendo el derecho del adquirente a tener la posesión del inmueble, arguyendo principalmente que el ahora excónyuge y usuario de la vivienda, consintió en su momento la constitución de la hipoteca, siendo pues inatacable [STS 8 octubre 2010 (ROJ: STS 5062/2010)]. Ahora bien, ¿y si la hipoteca era anterior al matrimonio? Además, si el derecho de uso de la vivienda es resistente a cualquier título posesorio de un tercero, habrá que contar con la dificultad añadida de darle legitimación activa para solicitar una modificación de medidas, legitimación que en principio, sólo corresponderá a quienes fueron parte del procedimiento matrimonial.

57 Aspecto que previsiblemente lo hará valer el titular del derecho de uso, en su momento procesal oportuno (arts. 661.2 y 675.I LEC).

D) La titularidad del derecho de uso.

Según dispone el art. 96.I CC vigente, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, atribución que parece recaer directamente sobre los hijos menores, y sobre el cónyuge *per relationem*. Tal ha sido la interpretación habitual de los Tribunales, entendiéndose que se trata de una medida que responde al principio de *favor filii*, o de interés del menor no permitiendo ser limitada –temporalmente– por el Juez⁵⁸.

No obstante, tal pronunciamiento encontraría algunas dificultades prácticas, principalmente relacionadas con las facultades de disposición del titular –o cotitulares– de la vivienda. De ser titulares del derecho los hijos, cabe recordar, terceros en lo que afecta al procedimiento matrimonial, para realizar un acto de disposición sería necesario el consentimiento no solo de los progenitores, también el de los hijos teniendo que proceder al correspondiente nombramiento de un defensor judicial ante el conflicto de intereses, y no obstante, el art. 96. 4 CC sólo exige el consentimiento de *ambas partes*, a saber, el titular o cotitular del bien, y el cónyuge “cuyo uso corresponda”.

Tanto la regulación autonómica como el anteproyecto⁵⁹ otorgan la titularidad del derecho de uso al progenitor, sancionando la diferenciación, como venía realizando la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre quién será el titular del derecho de uso, y quiénes serán los beneficiarios; el progenitor, y los hijos respectivamente, siempre que se haya adjudicado el derecho por razón de la guarda y custodia⁶⁰.

E) La limitación temporal del derecho de uso.

Y por último se encuentra uno de los aspectos que más controversias ha planteado en la interpretación del art. 96 CC, y acaso más discordancias presenta frente a la normativa autonómica: la posibilidad de limitar temporalmente el ejercicio de derecho de uso, con independencia de la causa de su atribución. En concreto, cuando medien hijos menores y fuese la guarda y custodia la principal razón para adjudicar el derecho⁶¹, el TS no permite la validez de un pacto que limite el mismo por razón distinta al interés del menor, si bien la última jurisprudencia parece desvincularlo de la vivienda que hasta el momento de la ruptura venía siendo la

58 Cfr. SSTS 17 octubre 2013 (ROJ: STS 5003/2013); 19 noviembre 2013 (ROJ: STS 5509/2013); 4 abril 2014 (ROJ STS. 1356/2014).

59 Cfr. art. 96.3 y 4 CC (art. 8 Anteproyecto).

60 RRDGRN 14 mayo 2009 (BOE-A-2009-9590); 18 noviembre 2009 (BOE-A-2010-349); 9 julio 2013 (BOE-A-2013-8775). No obstante, a favor de la inscripción a nombre de los hijos y no del progenitor custodio DGRN 19 mayo 2012 (BOE-A-2012-8343).

61 En los supuestos en que no hayan hijos o bien fuesen mayores de edad – esto es, el supuesto de que se asigne la vivienda al cónyuge más necesitado de protección –, no sólo es posible, sino necesario, los arts. 96.3 y 93 CC respectivamente.

habitual de la familia, permitiendo una limitación temporal del derecho de uso siempre que se aseguren las necesidades habitacionales del menor⁶². Tal posición se acerca a la regulación dada por la legislación autonómica, relativizando el peso específico de la vivienda familiar dentro del conjunto de circunstancias a tener en cuenta en el interés superior de los menores, sin perjuicio de que el margen de actuación respecto a la facultad de pacto es considerablemente mayor en los casos de Aragón y Valencia. Como ya se ha apuntado más arriba, la legislación aragonesa y valenciana utilizan fórmulas más abiertas a la hora de regular este tema⁶³, que dan paso sin dificultad a un pacto que permita limitar temporalmente el derecho de uso, siempre que se mantenga el efectivo cumplimiento del deber de alimentos, o en otros términos, siempre atendiendo al interés prevalente del menor y a las circunstancias de la familia.

Por su parte, el proyecto de reforma del art. 96 CC entra en la cuestión relativa a la posibilidad de limitar temporalmente el derecho de uso, estableciendo un límite de dos años prorrogable a otra año más, en los supuestos en que se no haya adjudicado el derecho por razón de la guarda y custodia⁶⁴. No obstante, dejaría igualmente sin contestar la posibilidad de limitar el derecho de uso en el primero de los casos, esto es, cuando se hubiese otorgado al padre en cuya guarda y custodia –convivencia– quedasen los hijos, fijando un plazo cuyo vencimiento fuese anterior al que el hijo o último hijo alcanzase la emancipación –“cese de la obligación de prestarles alimentos”-. Por lo que un pacto que pudiese suponer la extinción del derecho de uso por causa distinta no tendría cabida, aunque se garantizase cumplidamente el derecho a una vivienda del menor; contrariamente a la ya apuntada última doctrina jurisprudencial.

La desmitificación de la vivienda familiar, y su progresiva relativización en el ámbito de las crisis matrimoniales con hijos menores, podría dar entrada sin dificultad a un pacto que, siempre que salvaguarde el interés del menor en su máxima extensión, pudiese suponer el cese del derecho de uso de la vivienda otrora familiar.

62 Así, STS 17 junio 2013 (ROJ: STS 3347/2013).

63 Art. 81.3 CDFA y 6.3 LVRF, respectivamente.

64 Art. 96.3 del Anteproyecto.

