



## EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LA LUZ DEL NUEVO ART. 96 CC

*Manuel García Mayo*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil  
Universidad de Sevilla

---

TITLE: *The use of the family house in the light of the new art. 96 CC*

RESUMEN: La modificación de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha dado nueva redacción al art. 96 del Código Civil, no solo para referirse a las personas con discapacidad, sino para resolver o, al menos, intentarlo, algunos de los problemas que había suscitado la aplicación de este precepto. El fin de este trabajo es, así, reflexionar tanto sobre tales modificaciones, como sobre aquellas otras que, aun siendo necesarias, no se han llevado a efecto.

ABSTRACT: *The modification of civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has rewritten art. 96 of the Civil Code, not only to refer to people with disabilities, but to solve or, at least, try to do so, some of the problems that the application of this precept had raised. The purpose of this work is, thus, to reflect both on such modifications and on those others that, although necessary, have not been carried out.*

PALABRAS CLAVE: vivienda familiar; discapacidad; divorcio; matrimonio; crisis familiar; derecho real; mayoría de edad.

KEY WORDS: *family house; disability; divorce; marriage; family crisis; real right; coming of age.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA NECESARIA REFORMA DEL ART. 96 CC. 2. LA EXCLUSIÓN DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD DEL ART. 96 CC. 3. EL LÍMITE TEMPORAL DE LA ATRIBUCIÓN EXISTIENDO HIJOS COMUNES MENORES DE EDAD. 3.1. *La posibilidad de limitar temporalmente la atribución durante la minoría de edad.* 3.2. *La mayoría de edad como límite temporal.* 4. EL TRATAMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD. 4.1. *Antecedentes jurisprudenciales.* 4.2. *El tratamiento de la cuestión según la nueva redacción del precepto.* 5. SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 5.1. *Inscripción de la restricción de la facultad dispositiva.* 5.2. *El necesario reconocimiento de la naturaleza real del derecho de uso.* 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

### 1. INTRODUCCIÓN: LA NECESARIA REFORMA DEL ART. 96 CC

En nuestro Código Civil, el estatuto jurídico que se le reconoce a la vivienda familiar y en virtud del cual el uso de esta se regula por un régimen que lo separa del normal uso de la cosa, se encuentra contemplado en diversos preceptos, entre los que cabe destacar —a los efectos que, a nosotros, aquí, y ahora, nos interesa—, el art. 96 CC. El citado precepto, referido a la atribución de la vivienda en las medidas definitivas consecuencia de la crisis matrimonial, se incorporó a nuestro Código Civil a través de la Ley 30/1981 de 7 de julio. No es hasta ese momento cuando se toma en consideración ese régimen especial de la vivienda familiar; hasta entonces, la misma se regía por la titularidad del bien.

El único precedente previo al año 1981 era el art. 68. 2ª CC, que contemplaba la atribución del uso de la vivienda familiar pero únicamente dentro de las medidas provisionales, no respecto a las definitivas. Tal previsión fue incorporada al Código Civil a través de la Ley de 24 de abril de 1958 y se refería, no a la vivienda familiar, sino a la vivienda común, y así se mantuvo, pese a las críticas que suscitó el término «común», hasta la reforma de 1981. Se procuraba así —decía el Preámbulo— asegurar los derechos y los legítimos intereses de los cónyuges —singularmente los de la mujer— y siempre con las miras puestas en los hijos, que «encarnan el más estimable bien que debe salvarse cuando la familia hace crisis en su base matrimonial».

El actual art. 96 CC ha sido objeto de numerosas críticas que se han visto incrementadas especialmente en los últimos tiempos, en los que el elevado precio de la vivienda unido a la crisis económica que se ha venido padeciendo a nivel global, ha provocado que el uso de la que ha sido vivienda familiar suscite entre los cónyuges un interés más acentuado que el que ya de por sí tiene, pues no deja de ser, normalmente, el bien de mayor valor de cuantos tienen los cónyuges o la pareja. Se ha venido apuntando, por los diferentes operadores jurídicos, que el art. 96 CC ha quedado, en cierta medida, obsoleto, no por su falta de necesidad, sino porque, por más que se interprete conforme a la realidad social del tiempo en el que se aplica (art. 3.1 CC), sus márgenes resultan especialmente estrechos ante distintos escenarios (*v. gr.* parejas de hecho, custodia compartida, las personas con discapacidad...).

Es cierto que, en virtud del art. 1.6 CC, la jurisprudencia complementa al ordenamiento jurídico con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, pero la necesidad de recurrir, en este caso, a la jurisprudencia a fin de complementar el referido precepto puede llegar a resultar excesiva. En muchas ocasiones, más que complementar se ha acabado reconstruyendo el art. 96 CC. Por más que se ha interpretado el precepto y se ha recurrido a principios generales del Derecho, el tenor literal del art. 96 CC ha permitido diferentes —y contradictorias— aplicaciones por parte de los tribunales, que han realizado continuas matizaciones al mismo. A ello se ha unido la —cada vez más abundante— legislación autonómica, con textos, en muchas ocasiones, más propios de un reglamento que de una ley.

De la necesidad de reforma también ha venido siendo consciente el Tribunal Supremo que, en las SSTS 622/2013 de 17 de octubre y 181/2014 de 3 de abril, ya mantuvo: «Esta Sala valora [...] las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil», situación que se ha visto agudizada con la crisis económica, debido a la cual «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». También la STS 563/2017 de 17 de octubre, habla, asimismo, de la necesidad de un cambio legislativo que se adapte a las nuevas realidades.

Esta necesidad de modificación del art. 96 CC se hizo palpable en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras

la ruptura de la convivencia, de 10 de abril de 2014 y que llegó a contar con el dictamen del Consejo de Estado de fecha 24 de julio del mismo año. Más allá de aquellas oportunidades perdidas para reformar el reiterado precepto, así como de estas otras ocasiones en las que la reforma proyectada no llegó a buen puerto, la redacción originaria del art. 96 CC se ha visto —al fin— modificada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Como mantiene el propio Preámbulo, la referida reforma de la legislación civil y procesal «pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

El art. 96 se encuentra entre las normas jurídicas del Código Civil que requieren de la oportuna adaptación a la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Ahora bien, su nuevo tenor no solo incorpora el tratamiento de estas personas —a las que hasta ahora no se refería—, sino que pretende dar solución a algunas de las cuestiones que hasta ahora venían siendo discutidas, siguiendo para ello —en gran medida— la senda marcada por el Tribunal Supremo en la interpretación del referido precepto durante los últimos años.

Es por ello que el fin del presente trabajo es analizar la oportunidad de tales modificaciones y, en cualquier caso, si la nueva redacción del reiterado artículo es la más propicia atendiendo a los problemas que la medida en cuestión ha venido generando en los últimos tiempos.

## 2. LA EXCLUSIÓN DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD DEL ART. 96 CC

Los dos primeros párrafos del art. 96 CC en su redacción originaria, que contemplaban los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar cuando existiesen hijos, han planteado, en su aplicación, dos problemas a los que se pretende dar solución con la nueva redacción del precepto.

El primero de esos problemas, de menor recorrido, se originaba a la hora de interpretar si esos hijos a los que se refiere el artículo debían ser comunes o no a ambos cónyuges —o a ambos miembros de la pareja de hecho—, algo que se salvó prácticamente de forma unánime en sentido afirmativo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. En cualquier caso, la nueva redacción del art. 96 CC despeja todo tipo de posibles dudas refiriéndose de forma expresa solo a los hijos comunes.

La otra de las cuestiones discutidas ha sido la de si en el concepto «hijos», al que el art. 96 CC se venía refiriendo, tenían cabida, o no, los hijos mayores de edad, pues nada

especificaba el precepto. Los autores que han defendido la aplicación del art. 96.I CC a los hijos mayores de edad dependientes económicamente de sus progenitores<sup>1</sup>, se han apoyado en la literalidad del precepto y en argumentos tales como que se trata de una forma de contribución a los alimentos —entre los que se incluye la habitación— y estos pueden corresponder también a los mayores de edad.

En primer lugar, en relación con el argumento que se refiere a la literalidad del precepto, cierto es que el párrafo primero del art. 96 CC no se refería a hijos menores, ni tampoco a cónyuge custodio, pero tampoco los arts. 90.2, 91, 92 y 93.1 CC especifican nada y nadie discute que se refieran únicamente a los hijos menores (*cf.* 93.2 CC que sí especifica y lo hace para referirse a los mayores de edad)<sup>2</sup>. En segundo lugar, en cuanto a la consideración de la atribución como una forma de contribución a los alimentos, no consideramos que el fundamento de la medida sea la prestación de alimentos. Es más, aunque así fuese, nótese la especial consideración que tienen, en el Código Civil, los alimentos de los hijos menores respecto de los alimentos de los hijos mayores y del resto de parientes, tanto en el propio régimen legal a que quedan sometidos<sup>3</sup>, como en otros aspectos a los que se refiere la STC 57/2005 de 14 de marzo<sup>4</sup>. Una de esas diferencias, de interés para nosotros, la encontramos en la forma de prestar los alimentos. En virtud de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 149 CC —que regula los alimentos a los hijos mayores de edad—, «El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos». En ningún

<sup>1</sup> *Vid.*, entre otros: CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de familia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 401; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia», en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 759; o ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., «Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad», *AC* (2014), nº 2.

<sup>2</sup> Considera MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96, p. 1, 2 Y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 167 y ss., asimismo, que el verbo «queden» indica que los hijos están en compañía de un cónyuge, no por decisión propia, sino ajena (padres o juez), de modo que han de ser hijos menores. Por su parte, ORDÁS ALONSO, M., *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 246, mantiene 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 CC, como hizo con el art. 93 CC, a través de la Ley 11/1990 de 15 de octubre, o con posterioridad a la misma.

<sup>3</sup> Mantiene MARTÍN AZCANO, E., «La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores* (2014), nº 1, que los deberes alimenticios entre parientes e hijos menores se regulan por las disposiciones de la filiación y de la patria potestad (arts. 154 y 92.1 y 93 CC) y, subsidiariamente, por el régimen general de alimentos entre parientes de los arts. 142 y ss. CC (art. 153 CC). *Vid.* la STS 918/1993 de 5 de octubre.

<sup>4</sup> *Vid.* LUQUE JIMÉNEZ, M., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 2012, p. 56 o PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C., «Vivienda familiar: atribución de uso al progenitor custodio y a los hijos y las consecuencias de la ejecución hipotecaria», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos* (2015), nº 172, p. 133.

momento se dice que pueda —ni mucho menos deba— satisfacerlos atribuyendo el uso de una vivienda.

Tanto la jurisprudencia como gran parte de la doctrina más reciente han seguido una línea contraria a la inclusión de los hijos mayores de edad<sup>5</sup>. En la jurisprudencia, un antes y un después, a fin de aclarar este asunto, lo marcó la STS 624/2011 de 5 de septiembre, que fijó 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», y ello «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»<sup>6</sup>.

Para llegar a esta conclusión, en el fundamento jurídico cuarto parte del art. 39.3 CE, que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad, así como del art. 96.I CC, que considera una concreción del principio *favor filii* o *favor minoris*. Y utiliza dos argumentos en contra de extender más allá de la mayoría de edad la protección que depara el art. 96.I CC. El primero de ellos, se centra en la diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos, pues «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». El segundo se centra en la imposibilidad de vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art. 93.2 CC respecto de los hijos mayores, dependientes económicamente, que convivan en el domicilio familiar: «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».

<sup>5</sup> Vid., entre otros: RUBIO TORRANO, E., «El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal* (2011), nº 8, pp. 11-13; o CARRERAS MARAÑA, J. M., «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda», *Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, 2009, nº 50, p. 88.

<sup>6</sup> En este mismo sentido, *vid.*, entre otras: SSTS 183/2012 de 30 de marzo, 707/2013 de 11 de noviembre, 73/2014 de 12 de febrero, 603/2015 de 28 de octubre, 604/2016 de 6 de octubre, 636/2016 de 25 de octubre o 741/2016 de 21 de diciembre. En estas resoluciones, el argumento expuesto se utiliza para denegar la atribución del uso de la vivienda familiar en virtud del art. 96.I cuando los hijos son ya mayores de edad. Pero esta doctrina es, asimismo, referida en otras muchas resoluciones en las que, pese a haberse atribuido el uso por ser los hijos menores de edad, consideran la mayoría de edad como límite temporal de la referida atribución: SSTS 310/2004 de 22 de abril, 100/2006 de 10 de febrero, 181/2014 de 3 de abril, 277/2016 de 25 de abril, 635/2016 de 25 de octubre, 390/2017 de 20 de junio o 527/2017 de 27 de septiembre.

Pese a los argumentos de la sentencia referida, la justificación para no considerar incluidos a los hijos mayores de edad como beneficiarios de la medida es aún más fácil si atendemos al fundamento y a la finalidad del derecho de uso contemplado en el art. 96 CC. La razón de la medida consistente en la atribución del uso de la vivienda familiar no es otra que proteger al más débil. La medida tiene, pues, un marcado carácter asistencial<sup>7</sup> ante la situación de verdadero desamparo y necesidad a que se pueden ver abocado los hijos y cualquiera de los cónyuges tras la crisis matrimonial.

Ahora bien, no se trata de una necesidad de cualquier tipo, sino de una necesidad de tipo habitacional. La necesidad habitacional se entiende que existe cuando, además de la vivienda familiar, no se dispone de ningún otro derecho en el patrimonio que permita el uso de una vivienda que reúna las condiciones necesarias para su utilización, siempre que esta situación de necesidad no haya sido provocada (buena fe del art. 7.1 CC). Es más, se ha de precisar aún más esa necesidad de tipo habitacional. No es suficiente con el recurso a los preceptos constitucionales que hemos citado para justificar la medida concreta que nos ocupa. Si acudimos al art. 3.1 CC, «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Por tanto, el espíritu y finalidad de la norma es el faro que ha de guiar al intérprete. En este sentido, ¿por qué el precepto se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar, y no de otra cualquiera? Porque la finalidad del legislador, con esta norma, no es la de satisfacer una necesidad habitacional de tipo —al menos exclusivamente— económica.

El legislador es consciente de la función de relación social tan sumamente importante que tiene la vivienda familiar<sup>8</sup>. Se trata, principalmente, de satisfacer una necesidad de tipo personal o social. La necesidad habrá de ir vinculada a la existencia de una serie de intereses —no necesariamente de carácter económico— que solo es posible satisfacerlos con la atribución de la vivienda que antes de la crisis matrimonial venía siendo la familiar, y no de otra. No es tanto un valor objetivo, como subjetivo. De no entenderse así, ¿por qué ha de ser, necesariamente, la vivienda familiar la que se atribuya y no cualquier otra que poseyese el mismo titular? ¿Por qué limitar el derecho de propiedad del cónyuge titular en lugar de sustituir tal medida por una cuantía económica destinada a un alquiler? Porque la necesidad no es —o no habría de ser—, según está planteado el precepto, meramente de tipo económica<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Ese mismo carácter es defendido por autores como TAMAYO CARMONA, J. A., «¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?», *Revista de Derecho civil valenciano* (2011), nº 10.

<sup>8</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 99, apunta que, en las aglomeraciones urbanas, la vivienda familiar da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en sociedad.

<sup>9</sup> MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., «Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial», *LandAS: International Journal of Land Law and Agricultural Science* (2011), nº 5, p. 13, mantiene que son «objetivos de carácter social los que determinan este derecho especial de uso. Lo que trata de proteger no es tanto el interés económico de la persona, como su protección como tal persona integrante de un núcleo de convivencia que se basa en las relaciones de sangre y afecto».

Existiendo hijos comunes menores de edad, la necesidad de tipo social que se pretende satisfacer con la reiterada atribución vendrá determinada, fundamentalmente, por la protección y desarrollo de los hijos en el entorno en el que han venido viviendo<sup>10</sup>. Se suele hacer referencia, aquí, a la denominada como «teoría del apego»<sup>11</sup>. A la vista de que el menor aún no ha alcanzado la madurez y se están sentando las bases de su personalidad, resulta conveniente, para el interés del mismo, mantenerlo, tras la ruptura de sus padres, en la vivienda que venía ocupando y a la que le unen lazos de tipo social, escolar, afectivo, etc.<sup>12</sup> Se consigue, con ello, que el cambio de vida que le supone la crisis familiar, sea menos dramático de lo que ya de por sí lo es<sup>13</sup>.

En virtud de todo lo anterior, la aplicación de la medida únicamente tiene sentido cuando existiesen hijos menores de edad y solo mientras que lo sean.

Este criterio queda ratificado por la nueva redacción del art. 96 CC, que se refiere, de forma expresa, solo a los hijos comunes menores de edad: «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».

La cuestión había sido ya solventada previamente, en este mismo sentido, en el Derecho foral a través de sus textos normativos. Así, se abandona aquella alusión a la «compañía» del art. 96 CC y se hace referencia al progenitor o cónyuge al que le corresponda la custodia de los hijos (art. 81.2 del Código de Derecho Foral de Aragón [en adelante, CDFA]<sup>14</sup>, art. 233-20.2 del Código Civil de Cataluña [en adelante, CCcat.] o art. 12.2 de la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores [en adelante, LVRF]); el art. 233-20.3.b

<sup>10</sup> La preocupación por el entorno social del menor se contempla en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM), que considera principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores «*su integración familiar y social*» (art. 11.2.c), así como contempla que, en toda intervención, se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral.

<sup>11</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros: ZUMAQUERO GIL, L., «El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar: comentario a la STS de 27 de febrero de 2012», *RADP* (2013), nº 32; o VIOLA DEMESTRE, I., «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 2013», *CCJC* (2014), nº 95, p. 601.

<sup>12</sup> En cambio, autores como ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 128, consideran que se da excesiva importancia al entorno. Defiende la autora que, si bien el interés del menor exige que tenga sus necesidades habitacionales cubiertas, no es preciso que lo sea a través de la atribución del uso de la que fue vivienda familiar.

<sup>13</sup> En la experiencia jurídica italiana también prevalece una lectura personalista del derecho de uso, al que se le asigna una finalidad de naturaleza extrapatrimonial: aunque la atribución tenga efectos reflejos de carácter económico, se ha de dirigir a la tutela de la personalidad de la prole.

<sup>14</sup> Refiere LÓPEZ AZCONA, A., «La solución del Derecho civil aragonés y de los restantes Derechos civiles territoriales», en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, p. 99, que hay sentencias que atribuyen *ex novo* el uso de la vivienda familiar a los hijos mayores en formación y al progenitor con el que convivan, pese a que esta posibilidad no se contemple expresamente en el art. 81 CDFA; la Sección en la que se sitúa el precepto se refiere, no a la custodia, sino a los «hijos a cargo».

CCcat., incluso, equipara el supuesto de hijos mayores de edad al de inexistencia de hijos. En el Derecho extranjero, por su parte, el art. 285-1 del Código Civil francés conecta la atribución de la vivienda familiar con la custodia de los hijos; se establece, además, como límite temporal máximo, la mayoría de edad de los hijos.

### 3. EL LÍMITE TEMPORAL DE LA ATRIBUCIÓN EXISTIENDO HIJOS MENORES DE EDAD

Otro de los problemas que el art. 96 CC ha venido suscitando es el que se refiere al límite temporal en la atribución de la medida. A diferencia del párrafo tercero de la redacción originaria del artículo, los dos primeros párrafos no hacían referencia a la necesidad de establecer un plazo de duración del derecho de uso atribuido.

La extinción del derecho parecía, pues, ir unida a la desaparición de la necesidad que motivó la atribución. Ahora bien, que, en estos casos, la duración no quede, *ab initio*, explícitamente determinada, por utilizarse fórmulas generales —v. gr. «hasta que los hijos sean independientes económicamente»—, o, incluso, por la ausencia de fórmula alguna, no conlleva que la duración sea indeterminable, ni que tenga carácter indefinido.

Surgían, ante esta situación, dos cuestiones: en primer lugar, si era posible limitar temporalmente la atribución del uso siendo aún los hijos menores de edad; y, en segundo lugar, en caso de que no fuese posible, cuándo se extingue el derecho de uso atribuido.

#### 3.1. La posibilidad de limitar temporalmente la atribución durante la minoría de edad

En relación con el primero de los interrogantes, llegaron a existir dos líneas jurisprudenciales contradictorias en las Audiencias Provinciales. La primera consideraba que no es admisible una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores, razón por la que no establecían plazo en la sentencia, o lo fijaban en la mayoría de edad o en la independencia económica de los hijos.

La segunda línea admitía la posibilidad de establecer una limitación temporal en la referida atribución del uso, permitiendo que este pudiera extinguirse siendo el hijo aún menor y, por tanto, dependiente. Esta segunda línea jurisprudencial apostaba por establecer, expresamente, *ab initio*, una limitación temporal al uso de la vivienda, que normalmente hacía coincidir con la liquidación del régimen económico matrimonial —habitualmente la sociedad de gananciales— o con la venta de la vivienda, estableciendo, a la vez, un plazo máximo para que tuviera lugar la liquidación<sup>15</sup>. Una

<sup>15</sup> Hubo casos en los que el plazo de duración ni tan siquiera se hizo depender de la liquidación del régimen económico y las ventajas que ello puede conllevar. Es el caso de la SAP de Valladolid 358/2012 de 9 de octubre, que atribuyó el uso de la vivienda familiar al hijo menor y al progenitor custodio por un plazo determinado —en esta ocasión, tres años—, al considerarse que la vivienda familiar era de la exclusiva propiedad del progenitor no custodio y que este disponía de un nivel mensual retributivo notable para, con los rendimientos de su trabajo personal, cumplir adecuadamente su deber de

vez extinguido el derecho, se abocaba a una posterior modificación de medidas para que el coste de la habitación —antes cubierta— repercutiese en un incremento de la pensión de alimentos. Se trataba, fundamentalmente, de sentencias que no tenían únicamente en cuenta el interés de los menores, sino también el de los progenitores, incluido el del no custodio. Solían estar referidas a supuestos en los que existía un patrimonio lo suficientemente amplio como para posibilitar que, una vez repartido el mismo, la economía de ambos excónyuges pudiera resarcirse con el reparto, adjudicación o venta del referido inmueble ganancial, contando, así, con medios suficientes para subvenir las posteriores necesidades habitacionales de los menores.

Ante la referida discrepancia entre las Audiencias Provinciales sobre la limitación del uso y disfrute del domicilio hasta la división y disolución de los bienes comunes, vino a sentar doctrina la STS 221/2011 de 1 de abril, que fue reiterada posteriormente<sup>16</sup>: «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC»<sup>17</sup>. Con este último inciso se está refiriendo a la prioridad que el art. 96 CC otorga a lo pactado entre las partes<sup>18</sup>. Si la atribución es acordada por las partes, tal limitación es posible siempre que esté justificada y no sea

---

proporcionar al menor un alojamiento digno y conforme a la nueva situación familiar. En un sentido similar, *vid.* la SAP de Valladolid 67/2015 de 25 de marzo.

<sup>16</sup> *Vid.*, entre otras: SSTS 236/2011 de 14 de abril, 451/2011 de 21 de junio, 257/2012 de 26 de abril, 499/2012 de 13 de julio, 622/2013 de 17 de octubre, 181/2014 de 3 de abril, 301/2014 de 29 de mayo, 297/2014 de 2 de junio, 660/2014 de 28 de noviembre, 282/2015 de 18 de mayo o 117/2017 de 22 de febrero.

<sup>17</sup> La STS 221/2011 de 1 de abril considera que el principio que aparece protegido es el del interés del menor, quien requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, encontrándose, entre los alimentos, la habitación (art. 142 CC). De ahí que esta medida de protección de los menores no contenga limitación mientras estos sigan siéndolo. Es más, razona que, aun pudiendo ser dicha limitación una solución de futuro, los jueces están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE) y «una interpretación correctora» de la norma, imponiendo un uso limitado en el tiempo, implica una vulneración de los derechos del menor en la crisis de pareja, los cuales la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y han sido desarrollados en la LOPJM.

<sup>18</sup> La STS 168/2017 de 8 de marzo parte, precisamente, de la existencia de un acuerdo entre los progenitores sobre el límite temporal. Concretamente, se había pactado la extinción del derecho al tiempo en que a la madre custodia le fuese adjudicada una vivienda de protección oficial o, en su defecto, al plazo máximo de tres años desde la firma del convenio. Siendo el acuerdo de los progenitores el primer criterio al que se ha de atender en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CC, alcanzado el término acordado por las partes, se ha de estar a ese pacto siempre que no hayan cambiado las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del convenio. Cuestión distinta sería preguntarse si, ese convenio que, desde luego, fue aprobado por el juez —entendiendo que el interés del menor estaba suficientemente protegido—, realmente debió, o no, ser homologado. También en la STS 65/2018 de 6 de febrero, se hace valer el pacto de los padres de la menor, que acordaron en convenio la atribución del uso hasta que se vendiese la casa, lo cual acontece siendo la hija aún menor de edad; el Tribunal tiene en cuenta aquí, además, el hecho de que la madre contaba con otra vivienda en la que poder vivir con la hija.

perjudicial para el menor de edad a juicio del juez —quien habrá de homologar, o no, el acuerdo—<sup>19</sup>.

¿Estaba justificada la posición del Tribunal Supremo? A fin de responder a esta pregunta, no se puede partir —como hace la sentencia del Alto Tribunal—, de la conexión entre los arts. 96.I y 142 CC. No se discute que, en el concepto de alimentos, se incluye la habitación, pero de este último precepto no se extrae que la necesidad de habitación haya de prestarse *in natura* y, concretamente, a través de la vivienda familiar.

Más bien, para justificar, o no, la posición del Tribunal Supremo, hemos de atender a la finalidad de la medida contemplada en el art. 96 CC. Siendo el interés más necesitado de protección el de los menores, tal y como hemos advertido anteriormente, dicho interés se encuentra íntimamente relacionado con su necesidad habitacional y, concretamente, con la permanencia del menor en el entorno en el que se ha desarrollado. De ahí que tal necesidad se pretenda cubrir con la vivienda familiar, y no con otra, y durante toda la minoría de edad, durante la cual se considera que late esa necesidad de una protección especial.

Partiendo de este razonamiento, se ha de considerar que el criterio seguido por el Tribunal Supremo en aquella sentencia de 1 de abril de 2011 y en otras posteriores, consistente en prohibir la limitación temporal durante la minoría de edad de los hijos, estaba, *a priori*, más que justificado. Téngase en cuenta que las sentencias de las Audiencias Provinciales casadas partían, para limitar temporalmente la atribución, de que los cónyuges podrían garantizar a los menores un alojamiento adecuado y capaz para satisfacer sus necesidades, bien porque contaban con suficientes recursos económicos o bien porque podrían llegar a contar con ellos a través de la liquidación de los gananciales. Limitaban, así, la atribución del uso de la vivienda familiar, *ab initio*, a un número de años o al momento de la liquidación, abocando a que, llegado el término, se instase una modificación de medidas a fin de hacer repercutir la habitación en las pensiones de alimentos. Sin embargo, en estos supuestos, hemos de considerar que el interés del menor no queda suficientemente protegido, pues se desconoce cuál será la situación en la que se encontrará la familia y el propio patrimonio llegado tal término, así como si esa otra posible vivienda —que no tendría ni por qué existir— satisfará suficientemente el interés del menor. No se estaría asegurando, cual es el fin de la norma, que, mientras sigan siendo menores, tengan sus necesidades habitacionales adecuadamente satisfechas. Simplemente existe una estimación de que,

<sup>19</sup> Una importante oposición mantuvo UREÑA MARTÍNEZ, M., «Comentario a la STS de 14 de abril de 2011», *CCJC* (2011), nº 87, pp. 1821 y ss., considerando que el Tribunal Supremo, basándose en el principio de *favor filii*, parece mantener una posición jurisprudencial estricta, con una interpretación literal de la norma contenida en el art. 96.I CC, que le lleva a una atribución automática a los hijos y al cónyuge custodio, así como a un derecho de uso prácticamente ilimitado en estos casos, lo cual contrasta con el protagonismo que en el mismo párrafo del precepto se le otorga a la autonomía de la voluntad. También en contra de la STS de 1 de abril de 2011 se posiciona GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Wolters Kluwer, 2020, p. 316.

con los recursos con los que cuentan —o podrían contar— los padres, podría llegar a satisfacerse la necesidad habitacional sin necesidad de recurrir a la vivienda familiar.

Es cierto que más allá de estas sentencias que acabamos de referir, han existido otras en las que el Tribunal Supremo sí ha atribuido excepcionalmente el uso de la vivienda familiar por un periodo temporal, aun siendo los hijos menores de edad. Lo que diferencia estas sentencias de aquellas otras referidas anteriormente es que en estas lo que existía no era una mera expectativa de que, con los recursos económicos que los cónyuges tenían —o podrían llegar a tener tras la liquidación—, se podría satisfacer la necesidad habitacional de los hijos, sino que tal necesidad se encontraba ya satisfecha por la existencia de otra vivienda. Existía, pues, en estas últimas sentencias, uno de los dos factores que según STS 671/2012 de 5 de noviembre, elimina el rigor de la norma (art. 96.I CC) cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse (ya) satisfecha su necesidad habitacional a través una vivienda alternativa idónea. Si esta otra vivienda, aun existiendo, se encontraba, por ejemplo, arrendada, era entonces cuando se atribuía la vivienda familiar por un periodo de plazo determinado hasta que el arrendamiento de la primera se extinguiese y pudiesen proceder a ocuparla<sup>20</sup>.

Así, encontrándose ya satisfecha la necesidad habitacional del menor, sí se puede tener en consideración, como mantuvo la STS 426/2013 de 17 de junio, que el interés superior del menor es algo más complejo que la mera permanencia en el entorno. De ahí la necesidad de atender también al interés del progenitor no custodio, que, si bien de inferior grado, también es relevante, no solo en beneficio de él mismo, sino del propio interés del hijo menor, ya que, por ejemplo, gracias a su mejor posición económica, podría hacer frente al resto de conceptos que conforman los alimentos — que no se compone únicamente de la habitación, sino también del sustento, vestido, asistencia médica, educación...—.

En definitiva, en estas otras sentencias en las que, excepcionalmente, se ha accedido a la atribución temporal de la vivienda familiar, se ha hecho como paso previo a la ocupación de una segunda vivienda, atribuida también *ab initio*, y en la que las necesidades de los menores pueden quedar perfectamente satisfechas.

### 3.2. La mayoría de edad como límite temporal

Teniendo en consideración que el derecho de uso de la vivienda familiar del art. 96 CC no puede limitarse temporalmente *ab initio* en el caso de que existan hijos menores,

<sup>20</sup> La STS 461/2015 de 22 de julio, trae causa de un supuesto en el que la pareja de hecho, con descendencia común, habitaba una vivienda propiedad de él, siendo ella propietaria de otra vivienda que se encontraba arrendada a un tercero. El Alto Tribunal confirma, en este sentido, la resolución de la Audiencia Provincial que, si bien atribuye el uso de la vivienda familiar a la hija menor y a la madre, la limita temporalmente a la fecha en que la vivienda propiedad de esta última quede libre de arrendatarios. En el mismo sentido, *vid.*, asimismo, las SSTs 695/2011 de 10 de octubre y 426/2013 de 17 de junio, en las que la atribución de la vivienda familiar por tiempo limitado iba seguida de la atribución de una «segunda vivienda» —no familiar—.

cabía, entonces, preguntarse, atendiendo a la redacción originaria, cuándo se extinguía el derecho.

Entre la jurisprudencia menor, durante un tiempo, se mantuvo el criterio de extender el uso de la vivienda familiar atribuido hasta la independencia económica de los hijos que, en el momento de la atribución, eran menores de edad<sup>21</sup>. En contra de este criterio, hemos venido considerando que el derecho de uso reconocido ha de tener como límite temporal la emancipación o la mayoría de edad de los hijos del matrimonio<sup>22</sup> y no el momento de la independencia económica de los mismos: emancipado o alcanzada la mayoría de edad, y extinguida la patria potestad, ha de entenderse extinguido el derecho de uso<sup>23</sup>. Es en el ordenamiento francés donde podemos encontrar más claramente establecido este límite, pues contempla el art. 285-1 del Código Civil francés, párrafo segundo, que el juez fijará la duración y podrá renovarlo hasta la mayoría de edad del hijo más joven. La razón no es otra que la emancipación o mayoría de edad es un dato más seguro y objetivo, menos relativo e interpretable que el de la independencia económica. Además, partiendo del fundamento y la finalidad de la medida, esta únicamente cumple su cometido durante la minoría de edad.

Una vez emancipados o alcanzada la mayoría de edad, a lo que habrá de atenderse es al párrafo tercero del art. 96 CC —apartado segundo de la nueva redacción— que, excepcionalmente, permite atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular —exclusivo— de la misma si su interés fuese el más necesitado de protección. En estos casos, en los que la atribución ex art. 96.III CC —art. 96.2 CC en la nueva redacción— se producirá años después de la crisis matrimonial —cuando se emancipen los hijos— se habrá de atender a que las circunstancias que determinan esa necesidad ya existiesen en el momento de dictarse la sentencia que le atribuyó inicialmente el uso.

Esta ha sido también la línea marcada por el Tribunal Supremo, frente a la jurisprudencia menor contradictoria que ha existido sobre este particular, y frente a autores que, partiendo de que se trataba de una forma de contribución a los alimentos,

<sup>21</sup> Entre la doctrina partidaria de marcar el límite en la independencia económica, *vid.*, entre otros: MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: (artículo 1.320 del C.c.)*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 396 y ss.

<sup>22</sup> *Vid.*, en contra, BERROCAL LANZAROT, A. I., «La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida», *RGLJ* (2015), nº 4, p. 609.

<sup>23</sup> *Vid.*: GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013, p. 100; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en Derecho común», en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, p. 73, para quien prolongar la atribución hasta la independencia económica supondría en la mayoría de los casos que el periodo fuese demasiado largo; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *op. cit.*, pp. 246 y ss., quien considera que el silencio del Código Civil en cuanto a plazos en el art. 96.I CC se justifica porque los presupuestos de la norma llevan implícita, en sí mismos, su duración, puesto que, si el uso se atribuye teniendo en cuenta la minoría de edad de los hijos, solo se mantendrá por esta razón mientras esa circunstancia subsista.

consideraban que no podía reputarse extinguida sino cuando la necesidad de habitación hubiera cesado<sup>24</sup>.

La STS 100/2006 de 10 de febrero, ya afirmó que la atribución del uso de la vivienda familiar en atención a la existencia de hijos menores de edad lo es con el límite temporal de la adquisición de la mayoría de edad del menor de los hijos. En Pleno, la STS 624/2011 de 5 de septiembre fijó como doctrina jurisprudencial lo siguiente: «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 hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»<sup>25</sup>. Ello es reiterado por la STS 315/2015 de 29 de mayo, que añade: «La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, deja en situación de igualdad a marido y mujer». Bastante clarificadora es, por otro lado, la STS 31/2017 de 19 de enero, en virtud de la cual: «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»<sup>26,27</sup>.

En relación con el límite de la mayoría de edad se pronuncian de forma expresa los arts. 233-20.2 y 233-24.1 CCcat., en virtud de los cuales, si, a falta de acuerdo, se atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor al que corresponde la guarda de los hijos, dicha atribución se hace por el tiempo que dure la referida guarda. En cambio, los arts. 12.5.II

<sup>24</sup> Vid.: ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96», en *Código Civil comentado*, vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 608.

<sup>25</sup> Citada posteriormente por las SSTs 183/2012 de 30 de marzo, 707/2013 de 11 de noviembre, 73/2014 de 12 de febrero, 603/2015 de 28 de octubre, 604/2016 de 6 de octubre, 635/2016 de 25 de octubre, 636/2016 de 25 de octubre o 741/2016 de 21 de diciembre. Vid. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Atribución de vivienda familiar en el supuesto de hijos mayores de edad. Uso alternativo y temporal. Comentario a la STS de 6 octubre 2016», *CCJC* (2017), nº 103.

La referencia a la mayoría de edad como límite es referida también por otras resoluciones como las SSTs 310/2004 de 22 de abril, 181/2014 de 3 de abril, 277/2016 de 25 de abril —en esta refiriéndose concretamente al pago de una cantidad en sustitución de la ocupación de la vivienda familiar—, 390/2017 de 20 de junio o 527/2017 de 27 de septiembre.

<sup>26</sup> En tales términos se pronuncian posteriormente las SSTs 43/2017 de 23 de enero, 181/2018 de 4 de abril y la RDGRN de 30 de mayo de 2018.

<sup>27</sup> Cuestión distinta es la que aconteció en la STS 528/2017 de 27 de septiembre. En este caso, aun habiendo alcanzado las hijas comunes, aún convivientes con la madre, la mayoría de edad, se negó la pretensión del esposo de que se extinguiese el derecho de uso sobre la vivienda familiar, y ello sobre la base de la interpretación que el Tribunal Supremo realizó del convenio regulador suscrito por ambas partes. La atribución se había realizado por acuerdo en convenio regulador, siendo el tenor literal el siguiente «El uso de la vivienda familiar sita en (...), se adjudica a la Sra. Carlota. En dicha vivienda convivirá junto a sus dos hijas, Marisa y Raquel», por lo que el Tribunal entiende que los cónyuges, en libre ejercicio de voluntad ex art. 1255 CC, dispusieron atribuir el uso a la esposa copropietaria para vivir en ella con sus dos hijas, por lo tanto, al margen de ser ella progenitora custodia. Interpretación del convenio que, por otra parte, no se discute por el recurrente, que se limita a referir la doctrina según la cual, alcanzada la mayoría de edad por los hijos, la atribución ha de basarse en el párrafo tercero del art. 96 CC.

y 12.11.e LVRF vinculan la duración a la obligación de prestar alimentos. Mayor discrecionalidad otorga al juez el Código de Derecho Foral de Aragón, pues el art. 81.3 CDFA refiere la necesidad de establecer una limitación temporal, aunque no concreta nada más al respecto: «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».

En esta línea que se viene defendiendo, proclive a fijar el límite en la mayoría de edad, es en la que se sitúa también la nueva redacción del art. 96 CC, en virtud del cual el uso de la vivienda «corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad». Una vez extinguido el referido uso —dispone el nuevo art. 96.1.III CC «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».

#### 4. EL TRATAMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD

##### 4.1. *Antecedentes jurisprudenciales*

Han sido varias las ocasiones en las que el Tribunal Supremo se ha referido, en resoluciones sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, a supuestos en los que existía un hijo, mayor de edad, con discapacidad o incapacitado.

Común denominador a todos estos supuestos es que el progenitor a cuyo cargo permanece este mayor de edad, a sabiendas del criterio seguido por el Tribunal Supremo, que venía excluyendo la consideración de los hijos mayores de edad a efectos de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 96 CC, centra el peso de su argumentación en la necesidad de equiparar el hijo mayor de edad con discapacidad o incapacitado a los hijos menores de edad.

Si nos remontamos a la STS 325/2012 de 30 de mayo, esta trae causa de un supuesto en el que se había declarado judicialmente la incapacidad plena de uno de los hijos, mayor de edad, rehabilitándose la patria potestad de la madre. El marido instó una modificación de medidas solicitando la extinción del uso de la vivienda familiar, que era propiedad exclusiva suya y que fue atribuida a la esposa cuando el hijo era aún menor de edad mientras éste siguiese conviviendo con ella. En el momento de instar la modificación, el marido estaba jubilado, mientras que la esposa se había comprado una casa a raíz de una herencia que había recibido.

Frente a la oposición de la esposa alegando la incapacidad del hijo, la Audiencia Provincial, en segunda instancia, confirmó la extinción del derecho de uso, teniendo en cuenta la mejoría en la situación económica de la esposa que contaba, además, con otra vivienda, razón por la que la declaración de incapacidad no podía convertir en vitalicio un derecho que, por definición legal, queda siempre limitado en su vigencia en el tiempo.

El Tribunal Supremo, en cambio, mantuvo el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostentaba su guarda y custodia en virtud de la

sentencia de incapacitación. Consideró que 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 unos y otros. Interpretación que consideraba avalada por la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2016, 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.

Ahora bien, no ha sido esta la única sentencia dictada sobre el particular. En la STS 31/2017 de 19 de enero, la esposa recurrente alegó infracción del art. 96.I CC y solicitó que la atribución del uso lo fuese con carácter indefinido atendiendo a que convivía con una hija, mayor de edad, que padecía de una esquizofrenia que le impedía vivir sola y precisaba de la ayuda de un tercero para su control. El Alto Tribunal, en esta sentencia, se distanció de la postura mantenida en la sentencia anterior y desestimó el recurso considerando que, a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia de 2012, ahora la discapacidad no había sido reconocida judicialmente, ni constaba en autos resolución administrativa de discapacidad. No obstante, no parece ser este el verdadero motivo por el que el Tribunal Supremo desestimó el recurso.

Uno de los argumentos en los que realmente se ha venido apoyando el Tribunal Supremo para rechazar la equiparación pretendida —entre hijo menor e hijo mayor con discapacidad— es en el carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar. El art. 96 CC no configura el derecho de uso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. En el caso de existencia de hijos comunes menores de edad, su especial protección va vinculada a la minoría de edad. En cambio, en el caso de que el uso se atribuya en virtud de la existencia de un hijo con discapacidad, precisamente por tener tal condición, difícilmente existirá un criterio de limitación temporal, pues tal discapacidad va a continuar, en principio, *sine die*<sup>28</sup>.

Es por ello que la STS 31/2017 de 19 de enero afirma que la «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. [...] 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

<sup>28</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *op. cit.*, p. 76, se opone a la equiparación entre hijo mayor de edad discapacitado e hijo menor de edad, pues siendo tal discapacidad, en muchas ocasiones, de por vida, se trataría de una medida con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad de uno de los cónyuges.

Contrasta lo anterior con el tratamiento de la cuestión en Italia, donde se mantiene que, pese a la natural temporalidad del derecho atribuido, esta puede ser superada por razones particularmente graves, como la total invalidez del hijo mayor, que puede justificar una duración indefinida de la atribución. *Vid.* FERRANDO, G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bolonia, 2013, p. 222. *Vid.*, asimismo, Cass. de 19 de diciembre de 2001, núm. 16027.

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 Alto Tribunal, en la referida sentencia de 19 de enero de 2017, acabó, así, considerando 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 de edad 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».

Lo que llama la atención es que el Tribunal Supremo, en cambio, sí reconozca la equiparación en supuestos de prestación de alimentos, con el fin de que pueda superarse la condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario<sup>29</sup>. Así lo contempló la STS 372/2014 de 7 de julio, que establece como doctrina jurisprudencial, reiterada posteriormente en sentencias tales como las SSTS 547/2014 de 10 de octubre o 430/2015 de 17 de julio, que «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». Es precisamente por ello por lo que no se entiende que, si el Tribunal Supremo ha asimilado en infinidad de ocasiones la atribución del uso de la vivienda a los alimentos, ahora defienda la equiparación del hijo mayor con discapacidad al menor solo a efectos de alimentos, pero no del uso de la vivienda.

En este mismo sentido se pronunció la STS 167/2017 de 8 de marzo —en la que el hijo sufre esquizofrenia, al igual que ocurría en la sentencia de 19 de enero de ese mismo año— volviendo a concluir 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. Asimismo, a estos argumentos, sobre seguridad jurídica y no equiparación en todo caso del interés del hijo mayor con discapacidad al interés superior del menor, son a los que volvió a recurrir la STS 181/2018 de 4 de abril —en la que existe, incluso, una rehabilitación de la patria potestad en favor de la madre— considerando de nuevo el carácter temporal de la medida contemplada en el art. 96 CC y su incompatibilidad con la situación de discapacidad. No obstante, en el supuesto de hecho de esta última sentencia había otro argumento que el Tribunal Supremo tuvo también en consideración: la existencia de otra vivienda, propiedad de la esposa, en la que esta última y su hija podrían ver satisfechas sus necesidades habitacionales, quedando la

<sup>29</sup> Vid.: SSTS 372/2014 de 7 de julio, 547/2014 de 10 de octubre, 430/2015 de 17 de julio o 663/2016 de 14 de noviembre.

familiar, propiedad de ambos cónyuges, para un uso alterno por parte de uno y otro cónyuge. Circunstancia esta —la existencia de otra vivienda— que ha sido considerada por la jurisprudencia como uno de los dos factores que elimina el rigor del art. 96.I CC.

#### 4.2. *El tratamiento de la cuestión según la nueva redacción del precepto*

Aun siendo cierto, por las razones expuestas, que el interés del hijo mayor con discapacidad no es equiparable al interés superior del menor, no lo es menos que el argumento para negar tal equiparación a efectos de la vivienda familiar puede ser aún más fácil.

La especial protección que, en este caso, se le concede al menor de edad se configura atendiendo a su especial vulnerabilidad y a los perjuicios que le puede acarrear el cambio de vivienda en pleno desarrollo de este; es por ello por lo que tal protección se encuentra íntimamente relacionada con la conservación del entorno en el que se ha venido desarrollando. Justificación, esta, que no tiene sentido alguno tratándose de una persona con discapacidad, cuya necesidad puede satisfacerse, simplemente, con el derecho de alimentos que le corresponda, sin que haya de privarse al cónyuge propietario del uso de su inmueble. No es, pues, únicamente una mera cuestión de concordancia con los caracteres del derecho de uso de la vivienda familiar —en este caso, su temporalidad—, sino que es más básico, simplemente hay que atender al fundamento y finalidad de la medida para observar que el interés del menor que se intenta proteger no es equiparable al interés que pudiera tener el hijo mayor de edad con discapacidad.

No obstante, consideramos que en el término medio está la virtud<sup>30</sup>. Que nos opongamos a una equiparación, en todo caso, del hijo mayor de edad con discapacidad al hijo menor de edad, no nos puede llevar tampoco a defender la postura adoptada por el Alto Tribunal en las últimas sentencias, en las que le ha sido totalmente indiferente, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, el hecho de que existan hijos, mayores de edad, con discapacidad.

Nosotros, ya en trabajos anteriores, hemos venido considerando necesario y justificado, en determinados casos, equiparar el hijo con discapacidad a los hijos menores<sup>31</sup>. Será en aquellos supuestos en los que la situación de discapacidad hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, de forma que tal necesidad no fuera posible satisfacerla de otra manera. Habría que atenderse, pues,

<sup>30</sup> En un sentido similar, ORDÁS ALONSO, M., «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», en *Actualidad Jurídico Iberoamericana* (2019), nº 10, quien mantiene que «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».

<sup>31</sup> GARCÍA MAYO, M., «La atribución del uso de la vivienda familiar y el hijo mayor de edad discapacitado: comentario a la STS, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, 181/2018 de 4 de abril», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial* (2018), nº 46.

caso por caso<sup>32</sup>. Se cumpliría, así, con el fundamento de la medida, al que acudimos de nuevo: la protección del más débil, encontrándose su necesidad habitacional directamente vinculada con la que ha venido siendo la vivienda familiar<sup>33</sup>.

Es, precisamente, en esta línea que venimos defendiendo en la que se sitúa la nueva redacción del art. 96 CC. Se contempla, ahora, por una parte, la posibilidad de que existan hijos menores con discapacidad para los que fuese conveniente la continuación en la vivienda familiar una vez alcanzada la mayoría, salvando, asimismo, el problema de la temporalidad apuntado más arriba al establecer como necesario la fijación del plazo de duración de la medida: «Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes». Por otra parte, se equiparan, a tales efectos, los hijos mayores de edad con discapacidad a los hijos menores edad: «A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación»<sup>34</sup>.

## 5. SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

### 5.1. *Inscripción de la restricción de la facultad dispositiva*

Hasta la modificación a la que nos venimos refiriendo en este trabajo, el párrafo cuarto del art. 96 CC venía estableciendo: «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».

<sup>32</sup> ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, pp. 160-161, defiende, asimismo, que la discapacidad admite grados, lo que impide, a su juicio, la realización de afirmaciones apriorísticas tales como la equiparación de un hijo discapacitado a un hijo menor de edad, debiéndose estar al caso concreto a fin de determinar cuál es el interés familiar más necesitado de protección; también 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», *RADP* (2018), nº 45, se refiere a la necesidad de atender a las circunstancias del caso en concreto para llegar a una solución que permita satisfacer de modo óptimo todos los intereses en juego.

<sup>33</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L., «¿Un paso atrás en la protección de hijos mayores de edad discapacitados o con capacidad judicialmente modificada? Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2017», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. IX (2017), Dykinson, Madrid, 2018, p. 250, considera que «también para los discapacitados puede resultar decisivo la preservación del espacio donde ha discurrido su existencia o la evitación de mudanzas o variaciones bruscas en su modo de vida».

<sup>34</sup> *Vid.* MAGARIÑOS BLANCO, V., «Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho civil* (2018), nº 3, p. 220.

Durante la vigencia de la referida redacción, una de las posiciones más contundentes a fin de justificar el acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad ha sido la de considerar el art. 96.IV CC como una de las prohibiciones de disponer o enajenar a las que el art. 26 LH da acceso al Registro<sup>35</sup>. Una prohibición que, no obstante, puede quedar sin efecto por la sola voluntad de los interesados, tal y como venía reflejando el propio art. 96.IV CC.

Su configuración como una prohibición es una de las posibilidades que ya recogió la RDGRN de 5 de septiembre de 2016<sup>36</sup>, que planteó la naturaleza real del derecho o su configuración como prohibición de disponer como formas para que el derecho de uso accediese al Registro de la Propiedad: «La doctrina de esta Dirección General ha sido constante, admitiendo que el derecho de uso con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, es inscribible teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer ex artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, o como verdadero derecho real ya que constituye una limitación a las facultades de dispositivas del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos *erga omnes*».

En relación con esta postura, lo primero que llegó a plantearse es si lo contemplado en el referido párrafo cuarto del art. 96 CC se trataba realmente de una prohibición de disponer o si más bien se trataba de una obligación de no disponer u obligación de disponer con el consentimiento del otro cónyuge<sup>37</sup>. Optar por una u otra consideración tiene consecuencias prácticas en caso de incumplimiento:

Por una parte, si se trata de una simple obligación de no disponer, el propietario seguiría teniendo entero el *ius disponendi*, no cercena su poder de disposición, por lo que si llegara a realizar un acto dispositivo, el mismo sería válido, aunque con todos los efectos que se derivarían del incumplimiento de una obligación (*vid.* RDGRN 25 de febrero de 1943), en definitiva, la indemnización por daños y perjuicios<sup>38</sup>; esto daría al traste con el fin del art. 96 CC, pues el cónyuge beneficiario no lograría permanecer en la vivienda que ha sido familiar.

<sup>35</sup> En sentido contrario, 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», AC (2005), nº 19, niega tanto que estemos ante una prohibición de disponer como que sea posible la aplicación analógica del referido precepto, debido al carácter de *numerus clausus* de las anotaciones preventivas.

<sup>36</sup> Y ello pese a la apuesta de la Dirección General por una interpretación restrictiva de las prohibiciones, como alude en la RDGRN de 19 de enero de 1963, al afirmar que las «prohibiciones de enajenar son tratadas con disfavor por las disposiciones legales, (...)». *Vid.* CAÑIZARES LASO, A., «Obligación de no disponer y prohibición de disponer: comentario a la STS de 26 de julio de 1993», ADC (1995), nº 1, p. 420, quien advierte de la gravedad de hacer a un bien inalienable.

<sup>37</sup> ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho hipotecario*, t. V, Bosch, Barcelona, 2008-2009, p. 635, considera al respecto que «el art. 26 de la Ley Hipotecaria se refiere a la prohibición de disponer en sentido propio, y no a las obligaciones de no disponer.»

<sup>38</sup> *Vid.* PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, p. 54.

Si, por el contrario, lo configurásemos como una prohibición de disponer, el dominio queda cercenado de la facultad de disposición, de modo que, si se vulnerase la prohibición, no es que haga lo que no debe, es que hace —intenta— lo que no puede —si carecía de la legitimación suficiente para la enajenación, no pudo transmitir nunca el bien—, por lo que el acto de disposición sería nulo<sup>39</sup> (art. 6.3 CC; RDGRN 30 de diciembre de 1946).

Nótese que el art. 96.IV CC, en su anterior redacción, no establecía que no se pudiese disponer de la vivienda familiar, sino que, para disponer de la misma, había de contarse con el consentimiento del cónyuge no titular<sup>40</sup>. Es más, incluso sin contar con el consentimiento de este, sería posible disponer de la vivienda si así lo autorizase el juez. Ahora bien, siguiendo a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, de acuerdo con la definición otorgada por la jurisprudencia, pueden existir prohibiciones de disponer en las que el acto de disponer no se prohíba absolutamente, sino que se exijan para él requisitos especiales, como el consentimiento de otra persona<sup>41</sup>. La doctrina suele reservar la denominación de «obligaciones de no disponer», más bien, para aquellas prohibiciones de disponer voluntarias establecidas en actos o negocios a título oneroso, en virtud de lo dispuesto

<sup>39</sup>Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales: Derecho hipotecario*, t. I, CRPME — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pp. 319-320; MAGRO SERVET, V., «Consecuencias jurídicas de la resolución judicial de la prohibición de disponer sobre bienes inmuebles», en *Diario La Ley*, núm. 7389, (2010). Para CAÑIZARES LASO, A., *op. cit.*, p. 424, «a pesar de que se afirme que el negocio jurídico contrario a la prohibición es nulo de pleno derecho, de lo que derivaría una legitimación para cualquiera incluido el propio vendedor, la distinción entre contrato obligatorio y acto dispositivo (tradición) permite mantener la validez del primero y afirmar la ineficacia del segundo. En este sentido hay que entender que el acto sea nulo, es decir, no hay transmisión de la propiedad, pero igual que en el caso de venta de cosa ajena, el contrato es válido y eficaz». Por su parte, PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, pp. 55-56, pese a reconocer que el incumplimiento de la prohibición de disponer conlleva, con carácter general, la nulidad (art. 6.3 CC), defiende, en caso de incumplimiento de esta prohibición del 96.IV CC, la anulabilidad por asimilación al art. 1320 CC.

<sup>40</sup> Vid., entre quienes discuten que se trate de una prohibición de disponer: ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 614, quien considera que nos hallamos ante una obligación de disponer con determinados requisitos; GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 154 y ss. Cabe, por último, citar a JUÁREZ TORREJÓN, A., «La prohibición de disponer en el Registro de la Propiedad: prioridad, cierre registral y fe pública», en *Estudios jurídicos: Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, CRPME — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2017, p. 497, quien considera que nos encontramos más próximos a la figura del modo que a la prohibición de disponer: de ahí que la no obtención de esa autorización no prejuzgue la adquisición del tercer adquirente, simplemente la hace atacable si le fuere oponible el modo que afecta a su transmitente.

<sup>41</sup> Vid.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, p. 320; o GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, CRPME — Centro de Estudios registrales, Madrid, 1992, p. 29. La SAP de Madrid de 1 de marzo de 2004, define la prohibición de disponer como la privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que este pueda ser enajenado, gravado, o de otro modo ser objeto de disposición con mayor o menor amplitud, o sin llenar determinados requisitos.

en los arts. 26.3 y 27 LH<sup>42</sup>. En virtud de todo lo anterior, se podía concluir que lo dispuesto en el art. 96.IV CC era una prohibición de disponer.

Ahora bien, siendo cierto que el art. 26 LH establece la posibilidad de las prohibiciones de disponer o enajenar se hagan constar en el Registro, así como las normas conforme a las cuales producirán efecto, el encaje de la prohibición del art. 96.IV CC en uno de los tres números de aquel precepto se prestaba, *a priori*, a discusión, debido a su aparente complejidad.

De los tres números que componen el art. 26 LH, hemos de descartar primeramente el 3º, que se refiere a las prohibiciones voluntarias, establecidas por el propietario al transmitir un bien<sup>43</sup>.

Se ha de descartar, asimismo, el encaje de aquella prohibición del art. 96.IV CC en el número 2º del art. 26 LH, que establece que se harán constar en el Registro, mediante anotación preventiva, aquellas prohibiciones «que deban su origen a alguna resolución judicial o administrativa». La prohibición del art. 96.IV CC no encontraba su origen en una resolución, sino en la propia ley que la contempla. El juez no impone la prohibición en cuestión, sino que determina quién resulta beneficiario de la aplicación de los criterios establecidos en el art. 96 CC. Fundamentalmente, la prohibición contenida en este número 2º viene siendo considerada como una medida cautelar (cfr. art. 145 RH) cuya finalidad es la de «asegurar la efectividad de la sentencia o resolución que finalmente recaiga en el procedimiento principal, declarativo o ejecutivo, en cuyo ámbito se dicta» (*vid.* RDGRN de 8 de julio de 2010)<sup>44</sup>.

La de aquel art. 96.IV CC se puede considerar, más bien, una clara prohibición — aunque no absoluta— de disponer *ex lege*: impuesta por la ley cuando hay sentencia o escritura pública de separación o divorcio en la que se dispone sobre el uso de la vivienda familiar. Así, habríamos de acudir al número 1º del art. 26 LH, que se refiere a

<sup>42</sup> *Vid.* CAÑIZARES LASO, A., *op. cit.*, p. 419; o GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La inscripción de las prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad», *RCDI* (2014), nº 743, p. 1405, quien bajo la denominación de obligaciones de no disponer sitúa a aquellas prohibiciones que se deriven de actos o negocios onerosos, las cuales considera que no pueden calificarse como de prohibiciones de disponer con carácter real e inscribibles (*cfr.* arts. 26 y 27 LH, RDGRN de 19 de enero de 1963), salvo excepciones.

<sup>43</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *op. cit.*, p. 33, apunta la semejanza existente entre las prohibiciones de disponer voluntarias y los derechos reales: «no sólo se trata de que la prohibición de disponer sea inscribible porque limite la facultad de disposición de un derecho frente a todos, sino que sólo mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad puede existir una propia prohibición de disponer», refiriéndose con ello a que, sin tal inscripción, queda a salvo el tercero favorecido por la fe pública registral.

En esta misma línea, GORDILLO CAÑAS, A., «El “acto o contrato de trascendencia real” y las prohibiciones de disponer, como una de sus manifestaciones», en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. II, La Ley, Madrid, 2006, p. 40, para quien «en buena doctrina, la prohibición de disponer no es real porque se inscriba, sino que se la inscribe por tener trascendencia real»; en el mismo sentido, ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J., *op. cit.*, p. 635.

<sup>44</sup> Aunque hubiéramos considerado que el art. 96.IV CC tenía cabida en este segundo apartado del art. 26 LH, nos habríamos encontrado con que la constancia registral se prevé mediante anotación preventiva. En cambio, el acceso de un derecho que, aun temporal, tiene permanencia en el tiempo, casa mal con el acceso por medio de una anotación preventiva; requiere más bien de una inscripción propiamente dicha.

las prohibiciones establecidas por ley —«prohibiciones legales»—. Estas prohibiciones tienen naturaleza de límites ordinarios de la propiedad, razón por la que el propio precepto dispone que «no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales de dominio»<sup>45</sup>. Son eficaces con independencia del Registro de la Propiedad: si el sujeto sometido a una prohibición de disponer dispone sin tener facultad para ello, no habrá transmitido la propiedad.

Ahora bien, nos encontramos con el escollo de que este número primero del precepto se refiere, concretamente, a las prohibiciones de disponer establecidas por la ley que tengan plena eficacia jurídica «sin expresa declaración judicial o administrativa». ¿Es la sentencia o la escritura pública que declara la separación o el divorcio un impedimento para el encaje de la prohibición del art. 96.IV CC en el supuesto del art. 26.1ª LH y su consideración como prohibición legal? La respuesta ha de ser claramente negativa: se trata de una prohibición legal; cuestión distinta es la de si, aun siéndolo, requiere, o no, de inscripción. Veámoslo.

Hay quien, como PRETEL SERRANO<sup>46</sup>, defendió que, aun siendo la contemplada en aquel art. 96.IV CC una prohibición de disponer de origen legal, la misma no arranca su fuerza directamente de la ley, sino de un acto específico (resolución del juez, decreto del letrado de la Administración de Justicia o escritura notarial) que es el que afecta el inmueble a ese estatuto especial de la vivienda que ha sido familiar<sup>47</sup>.

La prohibición de disponer forma parte, pues, del régimen especial a que queda sometido el derecho, como prohibición legal que es. En nuestro supuesto, para producir efectos contra terceros, mantuvo PRETEL que la prohibición debía aparecer en la inscripción de la finca de que se tratase (*cf.* art. 9 LH y 51 RH), en tanto que estaba establecida en atención a intereses particulares (los hijos o el cónyuge). MATEO SANZ consideró que lo dispuesto en el 26.1º LH no obsta a que se lleve a cabo la inscripción «cuando la prohibición resulta de hallarse los bienes en unas circunstancias cuya verificación fáctica escapa por completo a la publicidad de la ley»<sup>48</sup>. En fin, se defendió que, aun considerándose una prohibición legal de disponer, se requería su inscripción.

Esta parece ser la postura adoptada por el legislador en la nueva redacción del art. 96 CC. El tercero y último de los apartados, según el nuevo tenor, establece de una forma muy similar a la redacción existente hasta ahora: «Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial». Sin embargo, se añade a lo anterior lo siguiente: «Esta restricción

<sup>45</sup> Como derivan de la ley, será esta la que le atribuya la eficacia, haciendo innecesaria la publicidad legal registral.

<sup>46</sup> PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, p. 54.

<sup>47</sup> *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, p. 321, quien apunta a una distinción entre prohibiciones de disponer puramente legales y prohibiciones que forman parte de la configuración legal de estatutos especiales del derecho de propiedad, distintos del estatuto ordinario.

<sup>48</sup> MATEO SANZ, J. B., «Comentario al artículo 26», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 492.

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».

En relación con este nuevo añadido al art. 96 CC *in fine*, cabe hacer dos consideraciones:

La primera, que la posibilidad de hacer constar en el Registro de la Propiedad la restricción establecida no parece estar coordinada con el nuevo inciso final del referido párrafo, en virtud del cual, la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe<sup>49</sup>.

La segunda consideración es que la publicidad y la eficacia *erga omnes* de la prohibición legal de disponer del art. 96 CC deriva de la propia ley, del principio *ignorantia juris non excusat* (art. 6.1 CC). Cuestión distinta es que haya de darse publicidad de que un determinado inmueble es vivienda familiar atribuida a persona distinta del dueño — que es el único que, como tal, en principio aparece en el Registro de la Propiedad—. Sabido por cualquiera que esa casa es vivienda familiar atribuida al excónyuge, ya debe saber, o no puede alegar de buena fe ignorarlo, que le es aplicable la referida restricción del art. 96 CC. Téngase en cuenta, aquí, que en el supuesto del que nos ocupamos existe una publicidad posesoria; aunque, desde luego, la misma no es inequívoca —pues el tercero puede pensar que se posee en arriendo, en precario,...—, tal tenencia ya le exige la diligencia de comprobar con qué título se tiene la vivienda, no pudiendo ya alegar de buena fe la ignorancia del derecho real.

Es más, a tal fin de publicidad de la prohibición, no tiene ni por qué ser necesaria una inscripción o una anotación. Valdría acudir a lo que ya defendió CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: a una simple mención registral. El autor, en su obra *La mención registral: su justificación y contenido*<sup>50</sup>, se refiere a aquellas menciones que, relativas a una situación jurídico-real o derecho no susceptible de inscripción especial y separada —no inscribible autónomamente—, se diferencian de las menciones previstas, para su eliminación, en los arts. 29 y 98 LH. Se refiere, entre otras, a las prohibiciones de disponer de origen legal (art. 26. 1ª LH), que no es, porque no lo requiere, objeto de inscripción en el Registro.

En este ámbito, existen quienes<sup>51</sup>, ante la creciente desmesura cuantitativa de tales limitaciones legales, proponen como conveniencia ocasional, sobre todo cuando no sean notorias, su publicidad registral para hacerlas así efectivamente cognoscible: «no basta con que la ley sea pública; es menester que también lo sea la verificación del supuesto determinante de su aplicación». Como se pregunta CERDEIRA: no siendo tal

<sup>49</sup> Vid. MAGARIÑOS BLANCO, V., *op. cit.*, p. 224.

<sup>50</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «La mención registral: su justificación y contenido», *RCDI* (1999), nº 652, pp. 885 y ss.

<sup>51</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 243 y RICA Y MARITORENA, R. DE LA: «Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad», *RCDI* (1972), nº 490, p. 528.

límite susceptible de inscripción separada y especial, ¿por qué no admitir su mencionabilidad como útil para su efectivo conocimiento y como viabilizadora de su plena eficacia frente a terceros? Se trataría, pues, como mantiene CERDEIRA, «de habilitar la mención en el Registro, aunque fuera brevemente o por remisión, de cualquier límite o limitación legal y natural de la propiedad —especialmente, los de utilidad privada— que no sea de suyo aparente». La referida mención se trataría, no obstante, de una propuesta *de lege ferenda*. En el Derecho suizo ya existe, en el folio hipotecario, una columna de menciones.

## 5.2. *El necesario reconocimiento de la naturaleza real del derecho de uso*

Ya con anterioridad a la reforma del art. 96 CC, nos veníamos preguntando si, jurídicamente, era posible que, aun sin reconocérsele naturaleza real al derecho de uso de la vivienda familiar, este pudiera acceder al Registro de la Propiedad y adquiriese eficacia *erga omnes*; eficacia, esta que, con el común de la doctrina y de la jurisprudencia, consideramos necesaria atendiendo al fin de la norma.

Es cierto que, en la nueva redacción del art. 96 CC ya sí se contempla de forma expresa la posibilidad de hacer constar, en el Registro de la Propiedad, la limitación de la disposición. No obstante, y aun permitiéndose tal acceso, el propio legislador en la nueva redacción olvida, quizás, el factor más importante del derecho de uso: su contenido positivo, el de la propia ocupación; se acaba reduciendo el derecho de uso de la vivienda familiar a la mera prohibición del art. 96 CC *in fine* (*vid.* la RDGRN de 19 de septiembre de 2007 o la STS 859/2009 de 14 de enero de 2010).

Esta prohibición depende del derecho principal de uso, al que se encuentra aparejada, no entendiéndose por sí sola. Nótese que la prohibición de disponer, por sí, no constituye un derecho real, en tanto que no atribuye derecho subjetivo o facultad dispositiva al beneficiado por ella; se trata de una restricción que limita la facultad dispositiva de un derecho, sin atribución de un correlativo derecho a otras personas, pudiéndose catalogar como «carga»<sup>52</sup>. Si defendemos el acceso al Registro de la Propiedad de la prohibición de disponer está accediendo precisamente eso, la prohibición, nada más<sup>53</sup>.

El contenido principal del derecho de uso consiste en la ocupación de la que ha venido siendo la vivienda familiar, y este contenido positivo debe acceder al Registro por sí

<sup>52</sup> *Vid.*: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica)», *RADP* (2008), nº 20, pp. 151 y ss.; SABATER I SABATÉ, «Los efectos de la prohibición de disponer como carga en la ejecución forzosa, el concurso de acreedores y el decomiso», *Justicia: revista de derecho procesal* (2016), nº 2, p. 387.

<sup>53</sup> *Vid.* 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», *RCDI* (2015), nº 752, p. 3412, quienes consideran que el derecho contemplado en el art. 96 CC no se identifica con la facultad de oposición a la enajenación del inmueble contemplada en el art. 96.IV CC, pues dicha facultad «no forma parte del contenido del derecho, sino que es externa al mismo, presuponiendo su existencia como un hecho previo».

mismo, por ser diverso de aquella prohibición<sup>54</sup>. La prohibición de disponer, en tanto que existe, hemos de entenderla como una medida de reforzamiento.

En lo que respecta al contenido positivo de la medida, la única forma de garantizar su acceso al Registro de la Propiedad es reconocerle al derecho de uso la naturaleza real. De no ser así, no hay sustento legal alguno que posibilite el acceso del uso al Registro de la Propiedad y el reconocimiento de su eficacia *erga omnes*, por más que la doctrina y la jurisprudencia afirmen su inscribibilidad en el Registro. Lo que no puede sostenerse, como advirtiese RIGAUD, es que sea «preferible destruir el edificio tradicional y suprimir la antigua técnica del derecho real y el derecho de crédito para abandonar la decisión del conflicto al arbitrio del juez. Puestos en esta pendiente es difícil detenerse»<sup>55</sup>.

Si reconociéramos la naturaleza real del derecho de uso<sup>56</sup>, ello conllevaría que el mismo pudiese acceder directamente a los libros registrales, en virtud de lo dispuesto en el art. 2.2 LH<sup>57</sup>. El título a inscribir sería la propia sentencia de separación, nulidad o divorcio, o la escritura pública en caso de que se hubiera tratado de una separación o divorcio ante notario. En el caso de anotación preventiva durante el procedimiento y como medida cautelar (arts. 165 y 166 RH), sería el mandamiento expedido por el juez con certificación literal de la providencia recaída acordando su expedición.

La naturaleza real permitiría la inscripción específicamente como tal y no como una toma de razón genérica de la demanda o de la sentencia, lo cual permitirá oponerlo a los adquirentes y/o acreedores posteriores. Cabe tener presente que sólo los asientos de inscripción de un derecho real y no el mero reflejo en el Registro de los pactos que consistan en derechos personales, ni los asientos de anotación, gozan de la fe pública registral a que se refiere el art. 34 LH (*cf.* art. 29 LH, sobre menciones registrales)<sup>58</sup>.

Por más que se pretenda la protección de la familia y de la vivienda, el tratamiento que se le otorgue al derecho de uso ha de realizarse, en cualquier caso, desde una interpretación sistemática y lógica de las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico.

Existiendo un derecho de uso atribuido sobre la vivienda familiar, las limitaciones que se contemplan en el art. 96 CC *in fine* no rigen en el marco de las enajenaciones

<sup>54</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar», *RCDI* (2013), nº 737, p. 1898. Por su parte, MAGARIÑOS BLANCO, V., *op. cit.*, p. 224, refiriéndose a la nueva redacción del art. 96 CC, califica de excesivo e inapropiado proteger el derecho de uso a través de la vía indirecta de limitación de la disposición; defiende que tal protección habría de realizarse de forma directa mediante la inscripción del propio derecho.

<sup>55</sup> RIGAUD, L., *El derecho real: historia y teorías*, Reus, Madrid, 2004.

<sup>56</sup> Una amplia defensa del carácter real del referido derecho de uso se realiza en GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.

<sup>57</sup> No resulta, en cambio, inscribible, cualquier acuerdo de los cónyuges en relación con la vivienda familiar. La aprobación judicial del convenio no convierte en inscribibles pactos que, por la forma en que se establecen, carecen de trascendencia real (*vid.* RDGRN de 11 de septiembre de 2003).

<sup>58</sup> COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 44.

forzosas derivadas de posibles responsabilidades en que haya incurrido el cónyuge titular de la vivienda, como aquellas que son consecuencia del embargo. No nos encontramos ante un supuesto de disposición por parte del titular, sino ante un supuesto de ejecución forzosa. En la subasta se prescinde de la voluntad del titular del bien, en tanto que el acto se encuentra respaldado por el *imperium* de un órgano judicial, no siendo necesario el consentimiento del cónyuge usuario que contempla el art. 96 CC<sup>59</sup>. De no ser así, cualquier acto de este tipo podría quedar frustrado o limitado en su eficacia con la simple oposición del cónyuge no titular. Así lo mantiene, aun refiriéndose a un supuesto de normalidad matrimonial y, por tanto, relativo al art. 1320 CC, la STS 101/1995 de 18 de febrero. No existe una norma que excepcione, cuando lo embargado es la vivienda familiar, la aplicación de los diferentes preceptos que operan en el procedimiento ejecutivo.

En este sentido, resulta conveniente la constancia en el Registro de la Propiedad del derecho de uso —y no solo de la restricción a la facultad dispositiva—, pues el acceso al referido Registro implica la aplicabilidad de los principios reguladores del sistema hipotecario, como lo es el de prioridad: *prior in tempore, potior in iure* (vid. RDGRN de 10 de octubre de 2008). Y tal acceso solo es posible —reiteramos— si lo consideramos un derecho real. Solo así, pues, quedarían protegidos plenamente los beneficiarios del uso.

Al respecto, cabe referir que las distintas sentencias y resoluciones que han tratado el principio de prioridad en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar han partido de aceptar la inscribibilidad de tal derecho, aun —como venimos advirtiendo— sin reconocerle naturaleza real y sin que haya norma expresa que así lo diga y que pudiera hacer pensar en un derecho de crédito, como ocurre con el arrendamiento o la opción.

Inscrito el derecho, y partiendo del principio de prioridad, puesto que la hipoteca debe inscribirse —para ser título ejecutivo— y los embargos anotarse —por idéntica razón—

<sup>59</sup> Vid. ACHÓN BRUÑÉN, M., «Protección del derecho de uso tras la subasta de la vivienda familiar», *Proceso civil: cuaderno jurídico* (2014), nº 115, pp. 13-14. Precisa, no obstante, que esta falta de intervención del cónyuge no titular es más difícil de mantener cuando la enajenación es consecuencia de un convenio de realización o cuando se practique por persona o entidad especializada. En el primer caso, será necesario el consentimiento del cónyuge no titular al que se le atribuye el uso, pues el art. 640.3.II LEC dispone que «Cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta». Para el segundo de los casos anunciados —realización por persona o entidad especializada—, conste o no el uso en el Registro, el art. 641.3.III LEC establece que «la determinación de la persona o entidad a la que vaya a confiarse la realización y la de las condiciones en que ésta deba efectuarse, será realizada previa comparecencia a la que serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados», aunque el mismo precepto solo exige la conformidad de todos los interesados cuando la enajenación se realice por precio inferior al 70% del valor de liquidación.

<sup>60</sup>, a efectos de purga o de subsistencia de otras cargas, habrá que atenderse a si estas, independientemente de que se hayan constituido con anterioridad o posterioridad a la hipoteca o embargo, se han inscrito antes o después de aquéllos<sup>61</sup>.

Entre las sentencias que se han referido a estos principios hipotecarios en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar, cabe referir diversos supuestos.

En primer lugar, puede ser que el derecho de uso fuese posterior a la hipoteca. En este sentido, la STS 118/2015 de 6 de marzo, descarta que el derecho de uso de la vivienda pueda oponerse al adjudicatario del bien en subasta pública tras una ejecución hipotecaria, en tanto que la hipoteca se constituyó por el otro cónyuge sobre el bien antes del matrimonio, siendo, pues, el constituyente soltero y el bien privativo. Ni tan siquiera es obstáculo, en este último supuesto, que el adjudicatario, antes de celebrarse la subasta, conociese la existencia de tal derecho de uso<sup>62</sup>. También las RRDGRN de 8 de abril de 2015 y 5 de septiembre de 2016 se refieren a la purga del derecho de uso como consecuencia de la ejecución de una hipoteca anterior. Cabe destacar, en el mismo sentido, la STS 584/2010 de 8 de octubre, en la que, además, la esposa, en su momento, había otorgado el consentimiento para la hipoteca.

En segundo lugar, puede ser que el derecho de uso fuese anterior a la hipoteca, pero no se inscribiese con anterioridad a la misma. La STS 310/2004 de 22 de abril, se refiere a la inoponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar al tercero de buena fe adjudicatario de la misma en el procedimiento judicial sumario instado ante el impago de la hipoteca: aun habiendo sido atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar con anterioridad a la hipoteca, el mismo, no solo es que no hubiese accedido al Registro de la Propiedad, sino que, además, el cónyuge beneficiario no manifestó la existencia del referido derecho ni ante el juzgado ni cuando fue requerido notarialmente para que manifestase el título por el cual venía ocupando la vivienda<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Sobre la eficacia de la anotación preventiva de embargo, *vid.* SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., *Las anotaciones preventivas (en particular la de embargo) en los sistemas registrales alemán y español*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 130 y ss.

<sup>61</sup> *Vid.*: ACHÓN BRUÑÉN, M., «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2006, nº 28, pp. 44-45. Es más, aun siendo ambos cónyuges copropietarios de la vivienda, si por el embargo de parte de la vivienda se constituye un proindiviso sobre la misma entre el cónyuge beneficiario y el tercero que resulte adjudicatario, este último, en aplicación de los principios hipotecarios referidos, podría verse obligado también a soportar el uso atribuido al cónyuge copropietario.

<sup>62</sup> Para estos casos de inoponibilidad del derecho de uso al tercero, MARÍN VELARDE, A., «La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar ex art. 96 del CC: comentario a la Sentencia del TS de 8 de octubre de 2010», *RADP* (2011), nº 26, p. 368, propone, *de lege ferenda*, la conveniencia de fortalecer la débil posición jurídica del cónyuge atributivo no propietario, pues el art. 13.1 LAU, para los casos en que el arrendamiento es posterior a la hipoteca, establece que, ante la resolución del derecho del arrendador por la enajenación forzosa derivada de la ejecución hipotecaria, el arrendatario tiene derecho a continuar en la posesión del bien arrendado durante los cinco primeros años de duración del contrato.

<sup>63</sup> Sobre derecho de uso anterior a la hipoteca, pero no inscrito con anterioridad a la misma, *vid.* RDGRN 8 de marzo de 2018.

Ahora bien, no siempre la inscripción con posterioridad conlleva la inoponibilidad del derecho de uso y, con ello, la extinción de este último. Concretamente, no ocurrirá así en aquellos casos en que, habiendo nacido el derecho de uso con anterioridad al derecho que se ejecuta, y pese a haberse inscrito con posterioridad a este, el tercero adjudicatario no sea de buena fe y, por tanto, no pueda considerársele tercero hipotecario (arts. 32 y 34 LH)<sup>64</sup>. Esta es la posición que adopta el Tribunal Supremo, que entiende procedente denegar al rematante en la subasta la posibilidad de ampararse en la presunción de exactitud registral cuando, aunque no figurase el derecho de uso en la certificación de cargas, resulta probado su conocimiento extrajudicial del derecho de uso adjudicado al cónyuge del ejecutado, entendiendo, así, que decae la buena fe, la cual no deriva solo de la confianza en el Registro, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales del sujeto que las alega, pues la posesión, al fin y al cabo, también es una forma de publicidad.

En la STS 1103/2000 de 4 de diciembre, siendo los cónyuges copropietarios de la vivienda familiar, le es embargada al esposo su mitad. El Alto Tribunal, tras referir el art. 38.V LH y varias resoluciones relativas al principio de prioridad registral, a fin de proteger el derecho de uso de la vivienda familiar, acude al art. 7 CC, referido a la necesaria buena fe en el ejercicio de los derechos y a la proscripción tanto del abuso como del ejercicio antisocial de los mismos. En base a lo dispuesto por este último, así como de la prueba practicada —de la que se extrae la amistad que existía entre el tercero adjudicatario de la vivienda y el esposo no beneficiario titular de la mitad indivisa—, concluye que ese tercero tenía conocimiento del carácter de vivienda familiar que concurría en la finca afectada por la subasta, así como de la atribución judicial efectuada, por lo que «no puede ampararse en la presunción de exactitud registral que, de otro modo, evitaría que la adquisición que había realizado resultase afectada por la concesión a la recurrente del derecho de uso de la vivienda»<sup>65</sup>.

En conclusión, desde el momento en el que, no solo se reconoce el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso de la vivienda familiar, sino que, además, se le reconoce eficacia frente al que lo haya conocido extrarregistralmente —sin estar inscrito—, ya ni tan siquiera tiene cabida su contemplación como derecho personal —

<sup>64</sup> ACHÓN BRUÑÉN, M., «Protección del derecho...», *op. cit.*, p. 16, aboga por una interpretación restrictiva en este sentido, no pudiéndose aplicar a todos los casos en que el rematante conociera del derecho de uso antes de la subasta, pues de lo contrario se incurriría en el absurdo de considerar de mala fe a quien conoce por la certificación de cargas de un derecho titularidad de un tercero que haya accedido al Registro después de la anotación de embargo, siendo la regla general que las cargas posteriores se extinguen, se tenga o no conocimiento de las mismas.

<sup>65</sup> En cambio, un pronunciamiento particular es el contenido en la STS 772/2010 de 22 de noviembre, en la que el Alto Tribunal consideró no oponible el derecho de uso al tercero adquirente de la vivienda en pública subasta —consecuencia de un proceso de ejecución por impago de ambos cónyuges—, aun conociendo ese tercero el uso previamente atribuido. Se desestima, así, el recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que decía: «Se concentró el derecho a usar el bien en algunos de los integrantes del grupo familiar y se excluyó a otro, pero ello no implicaba la constitución de derechos oponibles a terceros cuando éstos, como es el caso, haciendo uso de sus legítimos derechos (...) afectaron el bien a la satisfacción de su crédito y a la postre se adjudicaron lícitamente el inmueble».

que, en su caso, tendría eficacia frente a terceros desde su inscripción—, sino que, claramente, vuelve a otorgársele trato de derecho real aun habiendo sido negada tal naturaleza por la doctrina y por el propio Tribunal Supremo.

Ese necesario reconocimiento de la naturaleza real del derecho de uso ha de ir de la mano del respeto a principios hipotecarios tales como el principio de fe pública registral y, con ello, de la protección del tercero hipotecario, debiéndose tener presente que la existencia de buena fe, a tales efectos, no ha de deducirse únicamente de lo que consta en los libros del Registro, sino que ha de atenderse, por ejemplo, a otros indicios que lleven a demostrar que el tercero conoció o pudo diligentemente conocer de la inexactitud del Registro a través de la situación posesoria de la finca<sup>66</sup>.

Y, reconociéndose la naturaleza real del derecho, cabe preguntarse qué ocurriría con la prohibición de disponer del art. 96 CC *in fine*. Pues bien, volviendo a la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de las prohibiciones legales de disponer, BERNALDO DE QUIRÓS, a la hora de tratar este tipo de prohibiciones con carácter general, mantiene que no hace falta expresar de modo especial, en cada inscripción, las prohibiciones, sino que «basta con que quede claro respecto de cada bien inscrito que está afecto al régimen peculiar o estatuto especial típico que, conforme a la ley, comporte la prohibición de disponer»<sup>67</sup>.

O, dicho de otro modo, si extrapolamos esto último a nuestro supuesto de hecho y considerásemos el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho real y, por tanto, inscribible en el Registro, con dicha inscripción ya se estaría dando publicidad de ese especial estatuto otorgado al inmueble con la atribución, el cual comporta, ya de por sí, la prohibición de disponer que la propia ley contempla. De esta forma, sería innecesaria, a efectos del art. 51.6 RH, la constancia expresa de la prohibición de disponer en el asiento de inscripción del derecho de uso, pues en el Registro ya figuran las circunstancias que concurren a formar el supuesto de hecho que da lugar a la misma (art. 6.1 CC)<sup>68</sup>.

Es decir, si antes aludíamos a la dificultad de poder conocer que una determinada vivienda es familiar y se encuentra atribuida a quien no es su propietario, con la inscripción del derecho real tal dificultad queda salvada. Cuestión distinta es que pueda defenderse la conveniencia de una mención registral sobre la prohibición del art. 96 CC para el efectivo conocimiento de la prohibición.

## 6. CONCLUSIONES

<sup>66</sup> Sabemos que el notario ha de advertir, con carácter general en toda transmisión, de las cargas o sujeciones del bien.

<sup>67</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, p. 321. En el mismo sentido, GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, p. 35, apunta que esa innecesariedad de inscripción a la que se refiere el art. 26.1º LH, se comprende cuando las prohibiciones legales de disponer se integran en el estatuto especial y objetivo de determinados bienes; no, en cambio, cuando deban entrar en acción por encontrarse el bien en unas circunstancias cuya verificación fáctica escapa en absoluto a la publicidad de la ley.

<sup>68</sup> *Vid.* CABALLERO LOZANO, J. M., *Las prohibiciones de disponer: su proyección como garantía de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 35.

La nueva redacción para el art. 96 CC por Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no solo incorpora el tratamiento de estas personas en relación con la medida en cuestión –a las que hasta ahora no se refería–, sino que pretende dar solución a algunas de las cuestiones que hasta ahora venían siendo discutidas, habiendo seguido para ello –en gran medida– las interpretaciones del reiterado precepto realizadas por el Tribunal Supremo en los últimos años. De esa nueva redacción, podemos extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El nuevo tenor del artículo hace alusión, acertadamente, de manera expresa, a que los hijos que se tienen en consideración para la atribución del uso de la vivienda familiar son aquellos que sean comunes a ambos cónyuges –o a ambos miembros de la pareja– y que sean menores de edad. Más allá de otras posibles justificaciones que se han vertido en relación con ello, consideramos que tal solución viene avalada por el fundamento y la finalidad de la medida en cuestión, que no es otro que la protección de los menores en el entorno en el que se están desarrollando cuando sobreviene la crisis familiar.

SEGUNDA: La misma justificación utilizada en la conclusión anterior –el fundamento y finalidad de la medida consistente en la atribución del uso de la vivienda familiar–, sirve para considerar acertada, en la nueva redacción del artículo, la referencia expresa al límite temporal de la medida cuando la atribución se haya realizado atendiendo a la existencia de hijos menores de edad: se extinguirá cuando los hijos alcancen la mayoría de edad. A partir de entonces, las posibles necesidades habitacionales de aquellos que no tengan independencia económica se han de atender aplicando los preceptos que regulan los alimentos entre parientes, sin que así se limite el derecho de propiedad del titular de la vivienda.

TERCERA: Partiendo de que con la atribución de la vivienda familiar se pretende la satisfacción de una necesidad habitacional, no de tipo exclusivamente económica, sino personal o social del beneficiario respecto a esa vivienda en cuestión, consideramos, así, acertada, la solución establecida al respecto por la nueva redacción del precepto, que prevé, cuando se considere conveniente, la continuación en el uso cuando la persona con discapacidad beneficiaria de la medida alcance la mayoría de edad. Y a ellos se equiparan los hijos comunes mayores de edad con discapacidad al momento de la separación, nulidad o divorcio. Se ha de atender a cada caso concreto. Con ello se evita una equiparación general, que no tendría sentido por existir supuestos en los que esa necesidad podría satisfacerse con el derecho de alimentos. Se supera, así, también el problema de la falta de temporalidad en la que se excusaba el Tribunal Supremo para rechazar la equiparación: la nueva redacción prevé que la autoridad judicial determinará el plazo de duración del derecho en tales casos.

CUARTA: Mayor objeción suscita la nueva redacción del art. 96 CC *in fine*. En el mismo se contempla una clara prohibición –aunque no absoluta– de disponer *ex lege*, previéndose expresamente en la nueva redacción del precepto la posibilidad de hacer constar la referida restricción en el Registro de la Propiedad. No obstante, esa

publicidad consideramos que ya se deriva de la propia ley, y no de la inscripción. Además, tal posibilidad de inscripción no parece estar coordinada con el nuevo inciso final del referido párrafo, en virtud del cual, la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

QUINTA: El legislador en la nueva redacción olvida, quizás, el factor más importante del derecho de uso: su contenido positivo, el de la propia ocupación. Este contenido positivo debe acceder al Registro por sí mismo, por ser diverso de aquella prohibición. Y la única forma de que acceda es reconociéndole naturaleza real. Solo así se aplicarían los principios reguladores del sistema hipotecario y los beneficiarios del uso podrían quedar plenamente protegidos, en cualquier caso.

SEXTA: La reforma operada en el art. 96 CC ha sido, no obstante, una oportunidad perdida. Como ya hemos defendido en trabajos anteriores, la solución al problema del uso de la vivienda familiar pasaría por su configuración como un arrendamiento forzoso, tal y como está contemplado, por ejemplo, en Portugal. Al fin y al cabo, se trata de un problema económico. Con esta configuración, solo pretendería la atribución del uso aquel de los cónyuges al que realmente le fuese necesaria esa vivienda y no otra, a sabiendas que no será una atribución «gratuita». El cónyuge excluido del uso, por otra parte, tampoco se vería necesariamente en una situación de precariedad económica, como ha ocurrido en no pocas ocasiones<sup>69</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M., «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* (2006), nº 28.

— «Protección del derecho de uso tras la subasta de la vivienda familiar», *Proceso civil: cuaderno jurídico* (2014), nº 115.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., «Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad», *AC* (2014), nº 2.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Atribución de vivienda familiar en el supuesto de hijos mayores de edad. Uso alternativo y temporal. Comentario a la STS de 6 octubre 2016», *CCJC* (2017), nº 103.

BERROCAL LANZAROT, A. I., «La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida», *RGLJ* (2015), nº 4.

CABALLERO LOZANO, J. M., *Las prohibiciones de disponer: su proyección como garantía de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1993.

CABEZUELO ARENAS, A. L., «¿Un paso atrás en la protección de hijos mayores de edad discapacitados o con capacidad judicialmente modificada? Comentario de la Sentencia

<sup>69</sup> Sobre esta propuesta, *vid.* GARCÍA MAYO, M., «El arrendamiento forzoso de la vivienda tras la crisis familiar: una propuesta de futuro para España», *Actualidad Civil* (2019), nº 9.

del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2017», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. IX (2017), Dykinson, Madrid, 2018.

CAÑIZARES LASO, A., «Obligación de no disponer y prohibición de disponer: comentario a la STS de 26 de julio de 1993», *ADC* (1995), nº 1.

CARRERAS MARAÑA, J. M., «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda», *Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, 2009, nº 50.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «La mención registral: su justificación y contenido», *RCDI* (1999), nº 652.

— «Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica)», *RADP* (2008), nº 20.

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», *RADP* (2018), nº 45.

COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de familia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

FERRANDO, G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bolonia, 2013.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Wolters Kluwer, 2020.

GARCÍA MAYO, M., «La atribución del uso de la vivienda familiar y el hijo mayor de edad discapacitado: comentario a la STS, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, 181/2018 de 4 de abril», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial* (2018), nº 46.

— «El arrendamiento forzoso de la vivienda tras la crisis familiar: una propuesta de futuro para España», *Actualidad Civil* (2019), nº 9.

— *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.

GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.

GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, EUNSA, Pamplona, 1986.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 1992.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar», *RCDI*, 2013, nº 737.

— «La inscripción de las prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad», *RCDI* (2014), nº 743.

GORDILLO CAÑAS, A., «El “acto o contrato de trascendencia real” y las prohibiciones de disponer, como una de sus manifestaciones», en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. II, La Ley, Madrid, 2006.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en Derecho común», en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017.

JUÁREZ TORREJÓN, A., «La prohibición de disponer en el Registro de la Propiedad: prioridad, cierre registral y fe pública», en *Estudios jurídicos: Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, CRPME — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2017.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1977.

LÓPEZ AZCONA, A., «La solución del Derecho civil aragonés y de los restantes Derechos civiles territoriales», en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017.

LUQUE JIMÉNEZ, M., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 2012.

MAGARIÑOS BLANCO, V., «Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho civil*, 2018, nº 3.

MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., «Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial», *LandAS: International Journal of Land Law and Agricultural Science*, 2011, nº 5.

MARÍN VELARDE, A., «La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar ex art. 96 del CC: comentario a la Sentencia del TS de 8 de octubre de 2010», *RADP* (2011), nº 26.

MARTÍN AZCANO, E., «La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores* (2014), nº 1.

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», *AC* (2005), nº 19.

— *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96, p. 1, 2 Y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

MATEO SANZ, J. B., «Comentario al artículo 26», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: (artículo 1.320 del C.c.)*, Civitas, Madrid, 2002.

ORDÁS ALONSO, M., *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

— «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», en *Actualidad Jurídico Iberoamericana* (2019), nº 10.

PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C., «Vivienda familiar: atribución de uso al progenitor custodio y a los hijos y las consecuencias de la ejecución hipotecaria», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos* (2015), nº 172.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales: Derecho hipotecario*, t. I, CRPME — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

PRETEL SERRANO, J. J., «Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional», en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017.

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

RICA Y MARITORENA, R. DE LA: «Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad», *RCDI* (1972), nº 490.

RIGAUD, L., *El derecho real: historia y teorías*, Reus, Madrid, 2004.

ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho hipotecario*, t. V, Bosch, Barcelona, 2008-2009.

ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96», en *Código Civil comentado*, vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

— «Comentario al artículo 96», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

RUBIO TORRANO, E., «El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal* (2011), nº 8.

SABATER I SABATÉ, «Los efectos de la prohibición de disponer como carga en la ejecución forzosa, el concurso de acreedores y el decomiso», *Justicia: revista de derecho procesal* (2016), nº 2.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., *Las anotaciones preventivas (en particular la de embargo) en los sistemas registrales alemán y español*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia», en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

TAMAYO CARMONA, J. A., «¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?», *Revista de Derecho civil valenciano* (2011), nº 10.

UREÑA MARTÍNEZ, M., «Comentario a la STS de 14 de abril de 2011», *CCJC* (2011), nº 87.

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», *RCDI* (2015), nº 752.

VIOLA DEMESTRE, I., «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 2013», *CCJC* (2014), nº 95.

ZUMAQUERO GIL, L., «El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar: comentario a la STS de 27 de febrero de 2012», *RADP* (2013), nº 32.

Fecha de recepción: 09.04. 2021

Fecha de aceptación: 06.09.2021