

El régimen jurídico de la vivienda familiar*

MATILDE CUENA CASAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR Y MUEBLES DE USO ORDINARIO. 1. *Ámbito objetivo*. 2. *Ámbito subjetivo: vivienda familiar y parejas no casadas*. III. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE NORMALIDAD MATRIMONIAL. 1. *Consideraciones generales. Ámbito de aplicación del artículo 1320 del Código Civil*. 2. *Análisis de la intervención del cónyuge no titular: codisposición y asentimiento. Contraste con el consentimiento exigido en el art. 96.4 CC y su incidencia en la protección de los terceros adquirentes*. 3. *La autorización judicial supletoria*. 4. *La normativa contenida en el Reglamento Hipotecario: la constancia registral del carácter familiar de la vivienda*. 5. *La posición jurídica del tercero de buena fe*. 6. *La vivienda familiar arrendada*. IV. LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL. 1. *Naturaleza del derecho de uso contemplado en el art. 96 CC. Posición jurídica de los terceros*. 1.1. Cuando uno o ambos cónyuges son propietarios de la vivienda familiar. 1.2. En particular, la copropiedad de la vivienda familiar: acción de división y derecho de uso. 1.3. Cuando los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal. 1.3.1. Vivienda ocupada en precario. 1.3.2. Derecho de uso y vivienda familiar arrendada. 2. *Criterios para la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar*. 2.1. Cuando existen hijos comunes. 2.1.1. El automatismo en la aplicación del párrafo primero del art. 96 CC. 2.1.2. Hijos a los que se refiere el párrafo primero del art. 96 CC. La situación jurídica de los mayores de edad dependientes económicamente. 2.1.3. Mayor de edad discapacitado y uso de la vivienda familiar. 2.1.4. La guarda «repartida» de los hijos. 2.2. En particular, los casos de custodia compartida. 2.3. El «interés más necesitado de protección» en caso de ausencia de hijos comunes. 3. *Duración de la medida*. 4. *Uso de la vivienda familiar y compensación al cónyuge propietario*. 4.1. Ponderación de la atribución del uso de la vivienda en la pensión de alimentos y en la pensión compensatoria. 4.2. Atribución del uso de la vivienda y liquidación de gananciales. 4.3. La compensación económica independiente. 4.4. Convivencia extramatrimonial del cónyuge usuario con un tercero. 5. *Los gastos de la vivienda familiar. En particular el abono del préstamo hipotecario garantizado con hipoteca sobre la vivienda familiar*. V.

* Este trabajo ha contado con la financiación I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación, a través del Proyecto SEJ 2010/17847 sobre «La nueva familia ante el derecho público y privado», del que soy investigadora principal.

VIVIENDA HABITUAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.
1. *El embargo de la vivienda familiar*. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de dotar de un estatuto jurídico específico a la vivienda familiar se justifica en el hecho de que satisface un interés básico de la familia como es el alojamiento¹. Constituye, además normalmente el bien de mayor valor patrimonial al que los cónyuges acceden tras realizar un gran esfuerzo económico, con cargas hipotecarias que absorben gran parte de los ingresos familiares. Su carácter básico y esencial ha hecho que, aun sin ser considerado un derecho fundamental, la Constitución contemple dentro de los principios rectores de política social y económica (art. 47) el derecho de todos los ciudadanos a tener una vivienda digna y adecuada.

En las líneas que siguen se tratará de exponer las características del régimen jurídico específico de la vivienda familiar en el ámbito del derecho civil², particularmente, en el ámbito del derecho de familia en las relaciones económicas entre cónyuges, siendo éste el terreno en el que más especialidades plantea. Se trata de una disciplina jurídica recogida en marco de las disposiciones generales aplicables a los cónyuges, al margen de cuál sea el régimen económico matrimonial escogido, formando parte del denominado régimen económico matrimonial primario (arts. 1318 y ss. CC).

La protección de la vivienda familiar es objeto de tutela distinta en situaciones de normalidad y de crisis conyugal, circunstancia ésta que sugiere un tratamiento separado. Así mismo, se abordará una cuestión que resulta fundamental: la protección de la vivienda familiar desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial universal, protección prácticamente inexistente que plantea una importante problemática que se está evidenciando de forma severa en el contexto de crisis económica que actualmente estamos padeciendo. En este capítulo se tratará en general de la embargabilidad de la vivienda y de sus efectos cuando los cónyuges se encuentran en situación de normalidad y crisis matrimonial. El tratamiento de la vivienda familiar cuando uno de los

1. Sin embargo, la importancia de la vivienda familiar no radica sólo en esta función tradicional de servir de morada. Como ha puesto de relieve RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, pg. 99, «la vivienda familiar cumple, ahora en sentido estricto, una función de relación social desproporcionadamente importantes, pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indicativa a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo (...)».
2. Sobre el tratamiento fiscal de la vivienda habitual, cfr. Capítulo 62 del Volumen VIII, del presente *Tratado*.

cónyuges se encuentra en situación de concurso de acreedores y las recientes medidas aprobadas por el Gobierno respecto a la ejecución de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar, se abordarán en el capítulo 30 del presente tratado.

El régimen jurídico de la vivienda familiar, como trataré de explicar en las páginas que siguen, es manifiestamente mejorable; es poco efectivo, la tutela es meramente nominal e ineficaz, es complejo y, sobre todo, discrimina a la familia en situación de normalidad matrimonial. Por ello, no me voy a limitar a describir el sistema legal vigente en esta materia, sino que trataré de poner de relieve los fallos que, a mi juicio, existen tratando de aportar las soluciones que estimo necesarias para lograr la protección presuntamente pretendida. Muchas de las dificultades que voy a plantear derivan de la inserción del sistema protector de la vivienda en la teoría general de las obligaciones y derechos reales, algo que se va a poner de relieve cuando de proteger los intereses de terceros adquirentes de la vivienda se trata.

La primera dificultad con la que nos encontramos al abordar el tratamiento jurídico que el Código Civil dispensa a la vivienda familiar es la imprecisión terminológica en la que incurre el texto legal. Así, el art. 1320 CC, disposición general aplicable a todos los regímenes económico matrimoniales, alude a la «vivienda habitual de la familia». Por su parte, el art. 96 CC referido a la problemática de la vivienda en situación de crisis matrimonial, alude a ella como «vivienda familiar», sin especificarse el criterio de la habitualidad. El art. 1406 CC dedicado a las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales se refiere a la «vivienda donde tuviere la residencia habitual». El art. 1357 CC, en sede de régimen de gananciales, alude a la «vivienda y ajuar familiares» y el art. 91 RH a la «vivienda habitual de la familia».

Esta pluralidad terminológica no se traduce en diversidad conceptual³. Todas estas expresiones reflejan una misma realidad que yo prefiero denominar *vivienda familiar*; puesto que, aunque en el Código Civil su estatuto particular está reservado a la familia matrimonial, lo cierto es que alguna regulación autonómica sobre parejas no casadas⁴ brinda regulación especial al respecto y es relativamente frecuente la aplicación analógica del art. 96 CC que llevan a cabo los tribunales en la protección de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, sobre todo cuando existen hijos comunes tras la ruptura de

3. En este sentido, sentencia de la AP de Córdoba de 10 de mayo de 1993 (AC 1993, 1050): en la que se señala que las diversas expresiones legales responden a un mismo significado cual es el de «vivienda familiar».

4. El art. 234-3.2 del Código Civil de Cataluña (CCCat) establece para las parejas estables que «en materia de disposición de la vivienda familiar, se aplica lo establecido por el artículo 231-9», equivalente al art. 1320 CC. El art. 234-7 CCCat contiene normativa relativa al uso de la vivienda familiar en supuestos de ruptura de la pareja estable.

la pareja⁵. Por otro lado, el término «vivienda habitual» no alude exactamente al estatuto particular que el Código Civil dispensa a la familia, por cuanto no afecta cualquier vivienda habitual, sino a la vivienda habitual *de la familia*, tratándose de una normativa específica del Derecho de familia. Es preciso que exista una afección del inmueble a la satisfacción de necesidades familiares, afección que subsiste una vez acaecida la crisis conyugal.

El Derecho español carece de una protección de la *vivienda familiar en cuanto tal*. La normativa vigente se limita a establecer determinadas restricciones a la libre disposición de la misma en el marco de los regímenes económico matrimoniales (art. 1320 CC), un estatuto particular en caso de crisis matrimonial (art. 96 CC), Una regulación especial en las atribuciones preferentes en caso de disolución del régimen conyugal contempladas en el art. 1406 CC, a las que hay que sumar la del art. 78.4 de la Ley Concursal. Y ello con base en su carácter familiar, que persiste después de disuelto el matrimonio. Pero, como se señalará posteriormente, tales disposiciones no suponen protección alguna desde el punto de la responsabilidad patrimonial universal. La vivienda familiar constituye un bien embargable, como cualquier otro, sin que exista normativa específica al respecto a pesar de tratarse de un bien de primera necesidad. Es más, la vivienda viene a ser en la actualidad el bien más importante como soporte para la concesión de crédito.

En ausencia de normativa protectora respecto del principio de responsabilidad patrimonial universal, las especialidades de régimen se producen para la vivienda habitual *de la familia*. Por eso me parece más adecuado el término «vivienda familiar», pues la vivienda habitual carece en el ámbito del Derecho Civil de especialidad de régimen si no reside en ella una familia.

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR Y MUEBLES DE USO ORDINARIO

1. ÁMBITO OBJETIVO

Nuestra legislación civil no nos brinda un concepto de vivienda familiar, concepto que ha sido delimitado por la doctrina y jurisprudencia. Sí se perfila un concepto de «domicilio» como lugar de residencia habitual de personas

5. Son numerosas las sentencias en las que se atribuye el uso de la vivienda al miembro de la pareja que ostenta la custodia de los hijos comunes. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9020); Sentencia de la AP de Madrid de 24 de abril de 1998 (AC 1998, 5078); Sentencia de la AP Asturias de 14 de marzo de 2000 (AC 2000, 1147), AP Palencia de 2 de mayo de 2000 (AC 2000, 1406), A. P. Álava de 8 de marzo de 2001 (AC 2001, 785).

naturales⁶ (art. 40 CC). La ley diseña este concepto para fijar un lugar en el que debe tenerse en cuenta la existencia de la persona a distintos efectos. La persona queda localizada en sus relaciones jurídicas. Es un concepto jurídico⁷ y, por ello, es la ley la que establece los criterios que deben tenerse en cuenta la hora de valorar un lugar como sede jurídica de la persona⁸.

Así el domicilio conyugal es la sede jurídica de ambos cónyuges (al margen de que puedan existir otros domicilios individuales)⁹, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones¹⁰ derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 CC). Cuando la familia no tiene por base el matrimonio, el lugar de residencia habitual puede ser configurado como «domicilio familiar», tal y como sucede con las parejas no casadas, o en los casos en que un progenitor reside con sus hijos en los casos de crisis matrimonial. El domicilio conyugal lo es por serlo de los cónyuges y presupone una relación matrimonial entre ellos. El domicilio familiar, en cambio se considera desde el punto de vista de los hijos, con independencia de la condición matrimonial o no de su filiación¹¹. Disuelto el matrimonio, sólo cabe hablar de domicilio familiar (art. 93.2 CC), concepto parcialmente equivalente al de vivienda familiar¹² y hogar familiar: ésta constituye la base territorial de aquél, el lugar físico (habitáculo) en el que aquel se asienta¹³. El domicilio conyugal cumple la función de localización o identificación del matrimonio y la vivienda familiar sería la *base física* del domicilio conyugal fijado por los cónyuges¹⁴. Y es este objeto

6. Sobre la delimitación conceptual entre domicilio, domicilio conyugal, domicilio familiar y vivienda, cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al art. 70 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 1º, Madrid, 1984; ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, 1992, pg. 25.
7. El domicilio «real» como lugar de residencia habitual, coexiste con los domicilios «legales» que prescinden de este requisito, como sucede en el caso de los comerciantes y de los diplomáticos.
8. PARRA LUCÁN, M.^a Á., «Curso de Derecho civil», vol. I, DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), 4ª ed., Madrid, 2011, p. 365.
9. MARÍN LÓPEZ, J., «Comentarios al Código Civil», T. I, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 625: «ni la obligación de convivencia ni tampoco la presunción de convivencia, pueden ser entendidas hoy en un sentido tal que impida a cualquiera de los cónyuges tener su propio domicilio, al margen o en lugar del domicilio conyugal».
10. GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al art. 70 CC», pg. 349.
11. ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 26.
12. LACRUZ BERDEJO y OTROS, *Elementos de Derecho Civil IV, Familia*, Madrid, 2008, (edición revisada por J. RAMS ALBESA), pg. 131. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, cit., pg. 37.
13. GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al art. 70 CC», cit, pg. 348. PARRA LUCÁN, M.^a Á., *op. cit.*, p. 382.
14. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, «Definición y atribución del domicilio familiar», pg. 7 <http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo> (consultado el 2 de enero de 2011). Consi-

patrimonial el que tiene una regulación específica y el problema radica en su identificación, de cara a que pueda ser acreedor de las especialidades de régimen que la ley prevé. Lo importante a los efectos del presente trabajo es cómo se determina el carácter familiar de la vivienda. Y ello porque no basta que los miembros de la familia hagan uso de un inmueble vigente la relación matrimonial, sino que dicho inmueble debe tener carácter de «familiar», sirviendo a los fines del matrimonio, no teniendo tal carácter cuando los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación (Sentencias del TS de 17 de junio de 2013 [RJ 2013, 426] 16 de junio de 2014 [RJ 2014, 3073] y 18 de mayo de 2015 [RJ 2015, 1919]).

La clave es, pues, determinar cuándo se da el carácter familiar de la vivienda. La sentencia del TS de 31 mayo 2012 (RJ 2012, 6550) se refiere a este extremo: «la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges. Cuando se trata de una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar».

Dado que la vivienda familiar es la sede jurídica del domicilio conyugal, la determinación de su concepto debe ponerse en conexión con el art. 70 CC, tal y como reconoce la sentencia citada. De hecho, este paralelismo se lleva a cabo en el art. 105 CC. Aunque, como se ha dicho, domicilio conyugal y vivienda familiar no son términos sinónimos¹⁵, allí donde se considere que se ubica el

dera la vivienda familiar como sede del domicilio conyugal se lleva a cabo en la sentencia de la AP de Valencia de 16 de enero de 1992 (AC 1992, 36). La recurrente pretendía que se le adjudicara el uso de una vivienda de la familia en la que residía con sus hijos, pero que no coincidía con la que tenía la consideración de domicilio conyugal, dado que en ella no se había llevado a cabo la convivencia familiar. La Audiencia considera que el uso debe recaer sobre el inmueble que tenía la consideración de domicilio conyugal considerándolo sinónimo de vivienda familiar: espacio que constituyó la morada de los cónyuges durante la vida en común.

15. ESPIAU ESPIAU, S, *op. cit.* P. 37: «el domicilio cumple una función de localización y si bien, por ello, se concreta en un determinado ámbito espacial, éste es variable y en ningún caso comporta la existencia de un vínculo o relación jurídica entre la persona y el lugar en el que se la localiza. La vivienda, por el contrario, es un objeto patrimonial, susceptible de titularidad y posesión, que puede constituir la sede del domicilio. (...). Si bien toda vivienda familiar constituye la sede del domicilio conyugal, no siempre y necesariamente el domicilio conyugal se localiza en una vivienda. La vivienda familiar es la sede del domicilio conyugal cuando éste se concreta en un inmueble.

domicilio conyugal, su soporte físico tendrá el carácter de vivienda familiar. Tal coincidencia se produce en situación de normalidad matrimonial, pero la misma cesa cuando sobreviene la crisis matrimonial, en la que la noción de la vivienda familiar subsiste a pesar de no existir domicilio conyugal por el cese de la convivencia. En el caso de crisis matrimoniales, la vivienda familiar será aquélla que constituyó la base física del domicilio conyugal.

El art. 70 CC atiende al *acuerdo de los cónyuges*, constituyendo un domicilio voluntario que no se hace depender, como, por el contrario, sí se hace en el art. 40 CC, de la residencia habitual. Cuando se trata de domicilio conyugal, se omite toda referencia a la residencia como base de su existencia. De ahí que se haya dicho que lo verdaderamente importante del criterio de fijación del domicilio conyugal es que se trata de un criterio jurídico, y lo mismo cabe decir de la vivienda familiar que constituye su sede¹⁶. Con todo, a pesar de la falta de mención expresa a la residencia en el precepto, la misma es requisito con carácter general del domicilio voluntario (art. 40 CC). Dado que la particularidad del domicilio conyugal es aunar en una misma sede a varias personas que conviven, ello justifica el establecimiento de un criterio adicional: el mutuo acuerdo de los cónyuges o, en su caso, la decisión judicial. Pero creo que no se puede afirmar que la determinación del domicilio conyugal prescinda de un hecho jurídico: residir¹⁷. El fundamento de la protección de la vivienda familiar es precisamente ese: la protección del lugar que constituye el alojamiento de la familia y la prueba de la residencia efectiva es relevante a estos efectos.

Aunque no se mencione la residencia como criterio de atribución a un inmueble de su consideración de domicilio conyugal, la misma es necesaria y sirve también para tal cualificación como manifestación tácita del acuerdo común de los cónyuges que el art. 70 CC requiere. La falta de referencia expresa a la residencia efectiva en dicho precepto permite que subsista la condición del inmueble como domicilio conyugal en situaciones de crisis matrimonial en las que, por cesar la convivencia conyugal, esa residencia no se da.

Por lo tanto, la categoría de vivienda familiar, entendida como sede del domicilio conyugal, se atribuye por el ordenamiento cuando concurren los requisitos de hecho y de voluntad establecidos, ya obedezcan a una expresa manifestación de la voluntad de los cónyuges, ya a una mera voluntad implícita de sus actos, ya a un reconocimiento judicial de su existencia (resolución judicial del art. 70 del Código Civil o manifestación en capítulos matrimoniales).

Es posible una manifestación expresa por parte de los cónyuges en la que se declare que el inmueble tiene carácter de vivienda familiar, constituyendo

16. ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pg. 42.

17. ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pg. 47.

la residencia habitual de familia. Tal declaración puede llevarse a cabo en capitulaciones matrimoniales o en otro título¹⁸. De hecho, la crisis financiera se han promulgado diversas normas que tienden a proteger la vivienda habitual de los deudores. En este sentido, el art. 3.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modifica el art. 21.3 LH, señalando que *«en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución»*. Entiendo que tal declaración, realizada por ambos cónyuges si se trata de vivienda común constituye prueba para la consideración de vivienda familiar, salvo que se demuestre lo contrario.

También hay que tener presente la regulación contenida en la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local (LBRL). Según su art. 15 «toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del Municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse en el que habite durante más tiempo al año». Existe, por tanto, una obligación legal de empadronarse. En la inscripción del padrón se hará constar el domicilio habitual (art. 16.2 LBRL) que es el que aparece en el Documento Nacional de Identidad (art. 5.1. c) RD 1553/2005, de 23 de diciembre. Ciertamente los conceptos de domicilio y vecindada administrativa son distintos y producen diferentes efectos, pero están vinculados a la residencia habitual que sí es un ingrediente indispensable para considerar un inmueble como vivienda familiar, entendida como sede física del domicilio conyugal o, en su caso, familiar cuando se trata de parejas no casadas o matrimonios en crisis. Es claro que el padrón municipal, como Registro meramente administrativo, puede constituir tan solo un medio de prueba más de la residencia habitual, la cual puede acreditarse también por otros medios. Sin embargo, dados los efectos trascendentales que está teniendo la noción de vivienda habitual (particularmente en el ámbito hipotecario y concursal), así como los efectos de Derecho privado derivados de la vivienda familiar (o habitual de la familia) sería deseable una objetivación del concepto, dado que su consideración como elemento que depende de circunstancias fácticas dificulta su tutela, sobre todo en los casos de normalidad matrimonial. Los problemas de identificación del inmueble, desaparecen cuando una resolución judicial se ha pronunciado sobre el uso de la vivienda familiar en casos de crisis matrimoniales. En tal caso, el inmueble que tiene tal carácter queda perfectamente identificado y el derecho de uso así constituido será, como veremos, inscribible en el Registro de la Propiedad.

18. GETE-ALONSO Y CALERA, C, «Comentario al art. 70 CC», p. 350.

Al margen del dato efectivo de la residencia, debe tener un valor de prueba relevante el padrón municipal, el domicilio fiscal declarado a los efectos de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la constancia del carácter de vivienda habitual en la escritura de constitución de hipoteca que grava el inmueble adquirido por ambos cónyuges a que se refiere el art. 21 LH. El consentimiento prestado por ambos cónyuges en dichos actos refleja el acuerdo en la fijación del domicilio conyugal a que se refiere el art. 70 CC. No deberían admitirse otros criterios para determinar cuál es la vivienda familiar, sede física del mismo, en el ámbito del Derecho privado.

A mi juicio, es necesario fijar un concepto de vivienda familiar unívoco y determinado de forma positiva por el legislador, de forma que pueda garantizarse su publicidad registral y que la protección que la regulación pretende otorgar sea realmente efectiva. Las mismas razones que han justificado la intervención del legislador en el diseño de un concepto de vivienda habitual a efectos fiscales¹⁹, aconsejan hacer lo propio a los efectos puramente civiles. En la actualidad, la afectación de un bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por

19. Artículo 54 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, (en adelante Reglamento de IRPF) «1. Con carácter general se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años.

No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas.

2. Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

No obstante, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las siguientes circunstancias:

Cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Cuando éste disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en cuyo caso el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese.

Cuando sean de aplicación las excepciones previstas en los apartados anteriores, la deducción por adquisición de vivienda se practicará hasta el momento en que se den las circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda o impidan la ocupación de la misma, salvo cuando el contribuyente disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo, en cuyo caso podrá seguir practicando deducciones por este concepto mientras se mantenga dicha situación y la vivienda no sea objeto de utilización».

contratos que la establezcan y la regulen»²⁰. Pues bien, a mi juicio, esto debe cambiar requiriéndose un acto de destinación formal de una vivienda a su condición de vivienda habitual de la familia para que resultaran de aplicación las especialidades de régimen. Este acto debería hacerse en capitulaciones matrimoniales, resolución judicial o convenio de los cónyuges destinado a tal fin. Ello no es imprescindible cuando los cónyuges (o uno de ellos) solo son titulares de un inmueble, pero es recomendable cuando hay más de uno.

Efectivamente, la trascendencia que frente a terceros tiene el régimen jurídico de la vivienda familiar aconseja que el concepto no pueda mutar en función de cuál sea el lugar de residencia efectiva de los cónyuges en cada momento²¹ y ²². En la práctica, diferenciar el carácter domiciliario de la vivienda, de la vivienda familiar o conyugal supondrá una grave limitación al tráfico de bienes en cuanto la efectiva transmisión de un bien se encontraría supeditada a la constatación de un hecho²³. Como trataré en su momento, la objetivación del concepto de vivienda familiar como sede del domicilio conyugal²⁴ o con el

20. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 187.

21. Y es que la determinación de lo que deba entenderse por vivienda familiar afecta también a qué deba considerarse «manifestación errónea del disponente» a los efectos de lo dispuesto en el art. 1320.2 CC. La resolución DGRN de 10 noviembre 1987 (RJ 1987, 8733), señala al respecto que «no basta para entender realizada tal manifestación el dato de que el domicilio del disponente que consta en la escritura no coincida con el inmueble de que se dispone puesto que el domicilio de un cónyuge, puede ser compatible con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble. Ni tampoco basta el que en una de las cláusulas de la escritura se exprese que los comuneros venden la finca "libre de cargas, gravámenes y arrendamiento" pues en esta fórmula de estilo no se contiene evidentemente la especial manifestación exigida por el Reglamento Hipotecario, de que el inmueble no constituye la vivienda habitual de la familia del disponente (lo cual, en sí, técnicamente puede no ser carga o gravamen ni arrendamiento)». Objetivado el concepto de vivienda familiar se solucionan problemas colaterales como el reseñado relativo al concepto de manifestación errónea del disponente.

22. Coincido en este punto con PLANES MORENO, *La vivienda familiar, en Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinado por Hijas Fernández, Madrid, 2009, p. 946: «Mientras no conste un nuevo acuerdo o resolución judicial, el domicilio familiar será aquel en el que las partes hayan fijado en principio su residencia conjunta, con independencia de que realmente y de hecho la convivencia se siga desarrollado allí, porque ese es el domicilio donde debe desarrollarse».

23. TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Cizur Menor, 2003, pg. 31, nota 86. La cursiva es del autor.

24. Con este planteamiento se evitan contradicciones como las que se han hecho patente en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la sentencia de la AP de Sevilla de 10 de enero de 2001 (AC 2001, 423) considera vivienda familiar la que tenga tal condición en el momento de la ruptura. Por el contrario, la sentencia de la AP de Murcia de 13 de junio de 2003 (JUR 2004, 84493) deniega la atribución del uso de la vivienda que la familia utilizaba en el momento de la ruptura en base al poco tiempo que la familia había estado residiendo allí, atribuyendo el uso de una vivienda en la que la familia había estado residiendo con anterioridad a la ruptura. La sentencia de la AP de Cáceres

que lo hubiera sido antes de emerger la crisis matrimonial permitiría su mejor constancia en el Registro de la Propiedad (dada la necesidad de constancia del domicilio, art. 51.9 RH) y garantizar de manera efectiva la protección que se pretende con el art. 1320 CC de proteger a la familia. De lo contrario, el concepto de vivienda familiar y con él su estatuto particular, muta en función de circunstancias fácticas, lo que –insisto– dificulta sobremanera su tutela. Como veremos seguidamente, de poco vale que el art. 1320 CC establezca límites a la disposición de la vivienda familiar, si la falta de constancia registral de tal carácter por fundamentarse en datos fácticos, facilita extraordinariamente la presencia de terceros de buena fe, lo cual que hace ilusoria la tutela de la familia que se pretende dispensar.

La vinculación entre la vivienda familiar y el domicilio aparece recogida en el art. 231-3 CCCat que dispone que «los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente». Siendo de esencia a la noción de vivienda familiar el constituir el lugar de residencia habitual de los cónyuges, se presume a partir de la misma el domicilio familiar.

En ausencia de un concepto legal de vivienda familiar, el mismo ha sido construido por la doctrina y jurisprudencia. La vivienda, para tener la condición de familiar debe tratarse del lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar (alojamiento, comida, ocio)²⁵. El requisito de la *habitabilidad*

de 13 de abril de 2011 (JUR 2011, 185632), niega la condición de vivienda familiar a un inmueble por haber dejado de residir en él la esposa e hijos durante dos años con carácter habitual, acudiendo sólo los fines de semana. Por el contrario, en la sentencia de la AP de Valencia de 16 de enero de 1992 (AC 1992, 36) considera sinónimo de vivienda familiar el domicilio conyugal. Ante la pretensión de la esposa de que se le atribuyera el uso de la vivienda en la que residía en el momento de la ruptura (propiedad privativa de su ex cónyuge), declara el tribunal que la vivienda familiar a la que resulta aplicable la normativa de los arts. 96 y ss. CC es «el espacio que constituyó la morada de los cónyuges durante la vida en común» y que se trataba de un inmueble que se le había adjudicado a la esposa en la liquidación de gananciales. Obsérvese la perversa estrategia de la recurrente: liberar el bien a ella adjudicado en propiedad de la condición de vivienda familiar y «gravar» un inmueble privativo del marido con un derecho de uso, sólo por el dato de que llevaba residiendo en él los últimos años. Pretensión abusiva que deriva de hacer derivar el concepto material de la residencia efectiva al margen de cual había sido el domicilio conyugal. Considera vivienda familiar la base física del domicilio conyugal la sentencia de la AP de Valencia de 28 de febrero de 2011 (JUR 2011, 192188).

25. HERRERO GARCÍA, «Comentario al artículo 1320 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pg. 588. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de familia*, vol. I, Barcelona, 1990, pg. 290. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 1199) define la vivienda familiar como

parece excluir lugares como chozas, cabañas o construcciones en ruinas²⁶. Sin embargo, no se requiere por el legislador que tal espacio habitable deba reunir determinados mínimos. Sólo se exige que se trate de un lugar destinado a vivienda, siendo, a mi juicio, irrelevantes las condiciones en que tal habitabilidad se produce²⁷. Y ello por más que el art. 47 de la Constitución se refiera a una «vivienda digna» como *desideratum*. Es obvio que no todas las personas tienen una vivienda digna, pero por indigna que sea, no deja de ser vivienda y, por lo tanto, sometida al estatuto legal particular que caracteriza a ésta. Este requisito excluye claramente los solares.

El uso del inmueble que tenga la condición de vivienda familiar debe ser precisamente el de *vivienda*. Se excluyen los locales de negocio, fábricas, establos, almacenes, lugares destinados exclusivamente al ejercicio de una profesión (bufetes, consultas médicas)²⁸. Surgen supuestos problemáticos, nada infrecuentes, como pueden ser los casos en los que un mismo inmueble sirve a dos finalidades distintas, *inmuebles de naturaleza mixta*, al estar dedicada una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad profesional o empresarial. No parece apropiado aplicar la regla de la accesoriedad²⁹ en este

«bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario».

26. En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 290. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 214. ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Madrid, 1996, pg. 423. LUCINI CASALES, «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, pg. 88. El Tribunal Supremo ha reconocido el carácter de domicilio a una caravana en sentencia de 19 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 6996).
27. En este sentido, ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, 1995, pg. 206. MARTÍN MELÉDEZ, *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*, Madrid, 2005, pg. 40. PLANES MORENO, *La vivienda familiar*, cit., pg. 942. Cosa distinta es que, como ha puesto de relieve TAMAYO CARMONA, *La vivienda habitual de la familia y facultad de disposición*, Pamplona, 2003, pg. 34, si la vivienda no reúne los requisitos de infraestructura mínima en cumplimiento de la normativa administrativa del ramo, pueda ello provocar el desalojo. Pero será una acción de derecho público la que ponga fin a la ocupación y no la voluntad aislada de cualquiera de los cónyuges, tal y como veta el art. 1320 CC que, por lo tanto, resulta aplicable a tales habitáculos. En esta última línea, algunas sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo han considerado vivienda a edificios en estado ruinoso que no reúnen las condiciones de habitabilidad necesarias. Es el caso de las SSTs de 15 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10153) y 19 de mayo de 1999 (RJ 999, 5408).
28. ÁVILA ÁLVAREZ, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 547, 1981, pg. 1381.
29. GARCÍA CANTERO, *Configuración...*, cit., pg. 71. TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica...*, cit., pg. 34. Para CÁRCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el art. 1320 del Código Civil», *RCDI*, 1987, pg. 1437, el criterio de la accesoriedad sólo es factible si fuera posible segregar la parte del inmueble destinada a

caso, que implica determinar con carácter previo qué actividad es la principal. Coincido con el parecer mayoritario de la doctrina que considera que con base en el espíritu que inspira la normativa específica en materia de vivienda, su finalidad tuitiva de la familia, el hecho de que en el inmueble coexista con la finalidad de vivienda otra actividad, no excluye dicho bien del estatuto jurídico particular que la ley asigna a la vivienda familiar³⁰. Es más, puede suceder que, teniendo en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar se realiza en atención al interés más necesitado de protección (art. 96.3 CC), precisamente el hecho de que en la misma un cónyuge realice su actividad profesional, se considere como interés relevante para la concesión del derecho de uso, en cuanto facilita la prestación de alimentos (vid. sentencia del TS 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3383)).

El criterio de la accesoriedad es subsidiario del de segregación. En la medida en que ésta sea posible, deberá llevarse a cabo, disociándose el espacio dedicado a vivienda del de la actividad profesional. La clave reside en determinar si tales dependencias pueden ser objeto de uso independiente. Especial relevancia tiene en este sentido la problemática que suscitan los *garajes y trasteros*, sobre todo cuando sean considerados *anejos* según el régimen jurídico en materia de propiedad horizontal. Conceptualmente, tienen la consideración de vivienda familiar en tanto que forman parte del mismo inmueble. Sin embargo, no han faltado pronunciamientos jurisprudenciales que, en supuestos de crisis matrimonial, y en orden a la concesión del uso de la vivienda contemplado en el art. 96 CC, han disociado jurídicamente ambos habitáculos cuando pueden ser objeto de utilización independiente³¹. Y ello a pesar de que conceptualmente quedan integrados en la noción de vivienda familiar cuando se trata de anejos a la vivienda³².

Además de tratarse de un lugar habitable, debe ser el que constituye el lugar donde *habitualmente* se desarrolla la convivencia familiar. Este requisito

otras actividades. En parecidos términos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pg. 170. A mi juicio, si tal segregación es posible, deja de plantearse el supuesto de hecho, puesto que ya no se trata de un local mixto.

30. ELORRIAGA DE BONIS, *La protección...*, cit., pg. 209. HERRERO GARCÍA, *Comentario...*, cit., pg. 589. MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios...*, cit., pg. 41.

31. En este sentido, la sentencia de la AP de Valencia de 25 de enero de 1994 (AC 1994, 156) concede el uso del trastero al marido por tener allí ubicado el taller de carpintería y cuyo acceso es independiente del de la vivienda cuyo uso se concede a la esposa. También la sentencia de la AP de Las Palmas de 17 de enero de 2005 (JUR 2005, 64353) atribuye el uso de la vivienda a la esposa y al marido el del garaje.

32. La sentencia de la AP de Barcelona de 26 de mayo de 2008 (JUR 2008, 317478) niega que el garaje se pueda englobar en la vivienda familiar cuando se trata de fincas registrales distintas.

se considera un elemento esencial de la vivienda familiar³³. El requisito de la habitualidad excluye del concepto de vivienda los lugares profesionales (hoteles) o el piso adquirido a tal fin, pero realmente no ocupado³⁴ y las segundas residencias de recreo. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la atribución del uso de las segundas residencias, afirmando que no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar (sentencia de unificación de doctrina de 9 de mayo de 2012 (RJ 2012, 5137)³⁵ y 3 de marzo de 2016 (RJ 2016, 758).

El concepto de vivienda habitual se entiende *real*³⁶, es decir, la vivienda ha de estar ocupada *efectivamente* por la familia³⁷. Ello no significa que sea preciso que la residencia en tal vivienda tenga que prolongarse un período mínimo de tiempo. La habitualidad, en este contexto, es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. Tan habitual es la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente³⁸.

33. No obstante, la sentencia de la AP de Jaén de 28 de abril de 2005 (JUR 2005, 148995) consideró vivienda familiar un inmueble en construcción que no había sido ocupado todavía por la familia y ello porque «dicha vivienda estaba llamada a servir de hogar familiar».
34. GARCÍA CANTERO, *Configuración...*, cit., pg. 73. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pg. 290.
35. Vid el comentario de esta sentencia llevada a cabo por CABEZUELO ARENAS, L, «La atribución del uso en las segundas residencias en los procedimientos matrimoniales» Revista Aranzadi Doctrinal num. 6/2012.
36. A juicio de RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno rectificación)», *RCDI*, 1982, pg. 1606, respecto al requisito de la habitualidad que debe reunir la vivienda familiar, señala que «es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. No hay fijado un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda para estimarla habitual. Tan habitual será la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente».
37. A este extremo se refiere la sentencia del TS de 31 de mayo de 2012 (2012/6550), que deniega la concesión del derecho de uso a la progenitora y al hijo menor en caso de ruptura de pareja de hecho, por entender que el inmueble sobre el que se solicitaba dicha medida no era vivienda familiar. La pareja estaba domiciliada en Mallorca, donde el padre del menor prestaba sus servicios como profesional del fútbol, hasta que fue contratado por un club turco, en cuyo momento trasladó su domicilio a Estambul, sin que le acompañara su pareja. Sobrevino la crisis de pareja y el padre permitió que la madre y el menor vivieran en un piso propiedad del padre. La sentencia deniega el uso sobre tal vivienda «no existió en dicho inmueble una convivencia que pudiera haber atribuido al domicilio la condición de familiar». El argumento viene favorecido porque la demanda se presenta en Mallorca, lo cual suponía un reconocimiento implícito de que el domicilio estaba ubicado en Mallorca. Se señala en la sentencia que «la aplicación del Art. 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, *en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia*».
38. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pg. 1606. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 3, Madrid, 1993 pg. 928: «lo más acertado es entender

No parece pues que tengan que darse dos requisitos, uno objetivo (asentamiento permanente) y otro subjetivo (intención de que tal asentamiento sea permanente). Es la habitación permanente la que pone de relieve ese elemento subjetivo. Si se habita un inmueble normal y permanentemente es porque se entiende que existe intención de hacerlo, es decir, el *animus* se deduce del propio *corpus*³⁹. Entiendo en este sentido, que la vivienda provisional debe considerarse vivienda habitual mientras dure. Y ello porque nadie puede asegurar dicha provisionalidad, ni siquiera la persona afectada. Si se excluyera a la vivienda provisional de la condición de vivienda familiar por falta de *animus*, se generarían situaciones de inseguridad jurídica y se burlarían los objetivos que las normas protectoras de la misma persiguen. Piénsese en una familia que vive en su segunda residencia temporalmente con el objetivo de esperar a que su vivienda que se encuentra en construcción concluya. Considero que mientras tal situación esté vigente, ninguno de los cónyuges puede disponer de la misma sin el consentimiento del otro⁴⁰. Cosa distinta es que el chalet haya sido habitado por la familia, y esté siendo objeto de reparación. En ese caso sí puede considerarse que el mismo es vivienda familiar, por más que otro inmueble se esté habitando transitoriamente y sin pretender hacerlo en un futuro. No basta con residir, sino que es preciso presumir que se va a seguir residiendo en un futuro próximo. Es la permanencia y la estabilidad lo que debe ser demostrado, lo cual puede acreditarse sin necesidad de recurrir a investigar la intencionalidad del sujeto. Para demostrar el carácter habitual de la vivienda, puede recurrirse a cualquier medio de prueba (inscripción en el padrón municipal, haber trasladado a tal lugar los enseres y mobiliario usuales y venir viviendo en él desde entonces, lugar donde se tiene domiciliadas las cuentas bancarias, colegios y demás recibos, etc.)⁴¹.

Es obvio que la demostración del carácter habitual de la vivienda no revestirá excesiva complejidad cuando la familia sólo tenga una. El problema aparece

"habitual", no en su sentido estrictamente literal, sino en el "normal" y de presumible continuación para el futuro próximo». Como señala la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de enero de 200 (AC 2000, 383): «la residencia habitual supone como elemento fundamental no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanentemente en un lugar».

39. En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por RAMS ALBESA y MORENO FLÓREZ, t. II, vol. 1º, Barcelona, 2000 pg. 444.

40. Para ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad...*, cit., pg. 428, no tiene la consideración de vivienda habitual la vivienda no ocupada a pesar de que se tenga intención de ocuparla: «el ordenamiento, al otorgar protección, lo que trata de impedir es que la familia se vea privada del elemento real sobre el que la misma se asienta, es decir, del lugar en el cual desarrolla las actividades y relaciones que le son propias, y no de aquellos lugares que los que nunca llegaron a desarrollarse tales relaciones».

41. ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit.*, pg. 929.

cuando tienen varias (por ejemplo, en el caso de que los padres vivan en una población donde el marido ejerce su función, profesión o comercio, y algunos hijos ocupan un piso en la ciudad donde cursan sus estudios)⁴², supuesto que puede tener un importante interés patrimonial pues puede suceder que se discuta el carácter de vivienda habitual respecto del inmueble que tenga mayor valor patrimonial. De ahí la necesidad de presumir vivienda habitual el lugar donde los cónyuges hayan fijado el domicilio conyugal. Debe tratarse de la residencia normal de la familia, donde de manera estable y permanente han venido habitando los esposos y los hijos⁴³. Se trata del «centro de operaciones» de la familia, por más que disfruten también su tiempo en otras residencias y, en principio, coincidirá con el domicilio conyugal⁴⁴.

La normativa protectora de la vivienda familiar, obviamente, no se puede extender a todas las viviendas en las que residen los miembros de la familia en mayor o menor medida. La vivienda protegida por el art. 1320 CC y objeto de las atribuciones preferentes es la vivienda familiar *principal*⁴⁵, coincidente con el domicilio conyugal, sin que pueda aplicarse tal protección a más de una vivienda por muy habitual que quiera considerarse, lo que significa que el cónyuge «beneficiario» de tal protección no puede optar entre los distintos inmuebles de los que son titulares los cónyuges. Y ello no sólo con base en una interpretación literal de las normas protectoras de la vivienda familiar que siempre se refieren en singular a una sola vivienda, sino por un criterio de interpretación teleológico fundado en el espíritu y finalidad de tales normas protectoras. El fundamento del estatuto jurídico particular de que goza la vivienda habitual se justifica en la necesidad de protección de la familia. Quienes han constituido legalmente una familia, han creado con sus propios actos unas expectativas jurídicas para los demás miembros de disfrutar de un conjunto de bienes, de modo estable y, en principio, indefinido. Entre tales

42. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pg. 290. HERRERO GARCÍA, *Comentario...*, cit., pg. 589. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La protección...*, cit., pg. 1438. TAMAYO CARMONA, *La vivienda habitual...*, cit., pg. 32. ALBIEZ DOHRMANN, «La aplicación del art. 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual», *Actualidad Civil*, 1987, pg. 1358. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico...*, cit., pg. 216. BELDA SÁENZ, «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», *Revista de Derecho Privado*, 1985, pg. 137. LUCINI CASALES, *La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma*, cit., pg. 92.

43. Sentencia de la AP de las Islas Baleares de 11 de mayo 1998 (AC 1998, 5748).

44. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, «Protección legal de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1988, pg. 1589.

45. ELORRIAGA DE BONIS, *La protección...*, cit., pg. 216 para quien la vivienda objeto de protección debe ser: «habitual, familiar y principal». TAMAYO CARMONA, *Protección...*, cit., pg. 32. También se muestra favorable a este criterio restrictivo, ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad...*, cit., pg. 429. En contra, ALBIEZ DOHRMANN, «La aplicación del art. 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual», *AC*, 1987-1, pg. 1361.

bienes figura en lugar preeminente la vivienda sobre cuyo destino deben poder influir, en igualdad de derechos, ambos cónyuges, con independencia del régimen económico matrimonial y del título de pertenencia del inmueble⁴⁶. Esta razón justifica precisamente la restricción a la libre disposición de la vivienda contenida en el art. 1320 CC.

Son las características específicas que presenta la vivienda familiar principal, morada de la familia, lugar donde tiene ubicado el domicilio conyugal, las que justifican que sea sólo respecto de ésta donde se dé la necesidad de protección. Esta circunstancia no se produce respecto de otras viviendas ocasionales o temporales, y tampoco sobre otras posibles viviendas habituales en las que no es toda la familia la que reside en ellas, sino sólo algunos de sus miembros. Una norma que responde a una determinada finalidad no puede llegar a convertirse en un mecanismo sobre el que se pretendan obtener otro tipo de intereses. Se trata de evitar que la familia se quede sin vivienda, no de proteger todas las viviendas de la familia. Por todo ello, entiendo que debe objetivarse el concepto de vivienda familiar como sinónimo de domicilio conyugal (art. 105 CC)⁴⁷, acordado por los cónyuges, al margen de si éstos residen temporalmente también en otras viviendas. La convivencia transitoria en otro inmueble no debe mutar la naturaleza del inicialmente escogido por los cónyuges como sede del domicilio conyugal. No puede haber dos «viviendas familiares» en sentido técnico⁴⁸. De lo contrario, se producen situaciones de inseguridad jurídica en la medida en que un mero hecho (residencia efectiva) muta la naturaleza de un inmueble generando restricciones a la libre disposición.

Con todo, esta dificultad se elude en la norma contenida en el art. 233-20 apartado 5, del Código Civil de Cataluña que prevé que en las situaciones crisis matrimonial «*la autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos*». Esta regla no altera el concepto de vivienda familiar, ya que se limita a permitir que el uso no recaiga sobre la misma, sino sobre otra residencia, lo cual es bien distinto que admitir que pueda libremente mutar el concepto de vivienda familiar en función de la convivencia efectiva⁴⁹.

46. GARCÍA CANTERO, *Configuración...*, cit., pg. 65.

47. En este sentido, PLANES MORENO, *op. cit.*, pg. 946.

48. En este sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, 1982, 1607. En contra, CÁRCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el art. 1320 del Código Civil», *RCDI*, 1987, pg.1438. En el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 23 enero 1995. AC 1995, 160, se planteó la cuestión de la pluralidad de residencias, ya que los progenitores residían en una localidad por razones laborales y los hijos en otra y lo hacían con carácter permanente. El tribunal estima que es hogar familiar la vivienda que utilizaban como residencia los hijos y que también era propiedad de los esposos.

49. Sobre el tratamiento del régimen de la vivienda familiar en el Derecho Civil catalán,

Cabe por último determinar lo que debe entenderse por *muebles de uso ordinario de la familia a que se refiere el art. 1320 CC y que reitera el art. 96 CC al diseñar el derecho de uso sobre a los objetos de uso ordinario*. Al igual que al tratarse de la vivienda, se prescinde de la titularidad de los cónyuges de dichos bienes a los efectos de establecer el régimen tuitivo.

Al término «muebles», hay que darle el alcance que se establece en el art. 346.2 CC: cosas que tengan por destino amueblar o alhajar las habitaciones y que estén destinados al uso de la familia, excluyéndose, por tanto, aquellos bienes de uso personal y exclusivo de uno de los cónyuges⁵⁰. El mobiliario protegido se caracteriza por su destino, accesorio y vinculado a la vivienda familiar, debiendo existir una adecuación razonable entre la vivienda y el mobiliario de la familia, en función de las necesidades de ésta⁵¹. Al igual que lo que acontece con el concepto de ajuar de la vivienda habitual recogido en el art. 1321 CC, habrá que atender a las concretas circunstancias económico-sociales, quedando excluidos los de extraordinario valor.

Con todo, el fundamento de la extensión de la protección al mobiliario radica la utilidad que tales bienes destinados al uso familiar y abarca aquellos que sean *imprescindibles* para la vida de los miembros de la familia. Por ello, entiendo que no habría obstáculo para que, tratándose de cierto valor, sea posible su sustitución por otros que prestan la misma utilidad⁵². Con todo, aunque resulte obvio, es necesario que los muebles a que se refiere la norma estén en la vivienda familiar y no en otras viviendas pertenecientes a los cónyuges.

2. ÁMBITO SUBJETIVO: VIVIENDA FAMILIAR Y PAREJAS NO CASADAS

Desde el punto de vista subjetivo, para que la vivienda goce del estatuto particular que le dispensa el Código Civil (art. 1320 CC) y la normativa foral correspondiente⁵³, es preciso la presencia de vínculo matrimonial⁵⁴. Aunque según el art. 39

cfí. ESPIAU ESPIAU, *El régimen de disposición de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario de la familia*, en el t. VII del presente *Tratado*, Capítulo 53.

50. HERRERO GARCÍA, *Comentario al artículo 1320 CC*, cit., pg. 588.

51. GARCÍA CANTERO, *Configuración...*, cit., pg. 75.

52. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, vol. 1º, Barcelona, 1990, pg. 290.

53. El estatuto particular de la vivienda familiar es regulado en el art. 190 del Código de Derecho Foral de Aragón (Ley 1/2011 de 22 de marzo), en la ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra. En Valencia, art. 16 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen económico matrimonial. Art. 6 de la Ley de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Valencia (Ley 5/2011, de 1 de abril). Novedosa e innovadora es la regulación de la materia en el Código Civil de Cataluña, Libro II aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, artículos 231 -9 y artículos, 233-20.

54. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Protección legal de la vivienda familiar*, *RCDI*, 1988, pg. 1587. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar...*, cit., pg. 225. LACRUZ

de la Constitución, la protección a la familia abarca tanto a la matrimonial como a la no matrimonial, el modelo de familia legal es la basada en el matrimonio, respecto de la cual cabe una discriminación positiva con base en el art. 32 CE⁵⁵. Que la regulación del Código Civil está reservada, en materia de vivienda, a la familia matrimonial se deduce claramente del tenor literal de la normativa, refiriéndose a cónyuge (art. 1320 CC) y de su tratamiento en sede de régimen económico matrimonial. Ahora bien, al margen de ello, lo cierto es que en Cataluña⁵⁶ la protección se ha extendido a las familias no matrimoniales.

Cabe plantearse lo que acontece con las *parejas no casadas* que no han previsto pactos en relación con los efectos de la ruptura⁵⁷ y la vivienda familiar⁵⁸ y la posible aplicación analógica del art. 96 CC. Como he dicho, en principio, no cabe aplicar la normativa protectora en materia de vivienda familiar. Señala el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 2008 (RJ 2009, 404): «con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio y sus consecuencias». Quien no se casa lo hace precisamente para mantenerse al margen de las leyes y en un régimen de mero arbitrio y libertad, de modo que cualquier vinculación iría contra la presumible voluntad de los convivientes⁵⁹.

Sin embargo, en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar en casos de ruptura de la pareja, se ha distinguido entre la situación que se plantea con la ruptura de la pareja no casada con hijos comunes y sin hijos comunes, siendo la jurisprudencia bastante contradictoria al respecto⁶⁰. Esta diferencia

BERDEJO, «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona 1986, pg. 31.

55. Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 184) y de 11 de diciembre de 1992 (RTC 1992, 222). Cfr. mi trabajo, «Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio», *Diario la Ley*, núm. 6210, 15 de marzo de 2005.

56. El art. 234-3.2 del Código Civil de Cataluña (CCCat) establece para las parejas estables que «en materia de disposición de la vivienda familiar, se aplica lo establecido por el artículo 231-9», equivalente al art. 1320 CC. El art. 234-7 CCCat contiene normativa relativa al uso de la vivienda familiar en supuestos de ruptura de la pareja estable.

57. Sobre los efectos de la ruptura de las parejas no casadas hay que tener presente la sentencia del Tribunal Supremo de unificación de doctrina de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7148), con dos votos particulares, comentada por DE AMUNÁTEGUI, C., en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y mercantil)*, coordinado por YZQUIERDO TOLSADA, M., vol. 1º, Madrid, 2008, pgs. 43 y ss.

58. Para una visión general del problema, cfr y bibliografía allí citada, LÓPEZ AZCONA, *Aspectos jurídicos de la ruptura de parejas no casadas*, <http://www.mujejuristasthemis.org/novedades/CONSTITUCIONAL.PDF> (consultado el 27 de agosto de 2011), pg. 220. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «La unión paramatrimonial y la vivienda familiar», *Revista General de Derecho*, núm. 584, mayo 1993, pgs. 4244 y ss.

59. LACRUZ BERDEJO, *Introducción...*, cit., pg. 31.

60. Destaca en este punto la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 (RJ

se ha puesto de relieve en el art. 234-8 CCCat⁶¹, que exige acuerdo de los miembros de la pareja para la atribución del uso sobre la vivienda consecuencia de la ruptura de la pareja, pudiendo, por el contrario ser decretada judicialmente tal medida, cuando no existiendo acuerdo, hay hijos comunes.

También en la legislación autonómica se unifica el tratamiento de las consecuencias de la ruptura de los progenitores, al margen de que estén unidos o no por vínculo matrimonial. En este sentido el art. 75.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA) dispone: «*la presente Sección tiene por*

1998, 1272) que descarta el recurso a la *analogia legis* del art. 96 CC para un caso de ruptura de uniones de hecho sin hijos comunes y reconoce el llamado «principio de protección al conviviente perjudicado», principio general del Derecho en el que se vienen apoyando desde entonces numerosas resoluciones de los tribunales. Se señala en la sentencia citada que «se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los *principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo*. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*; así, la de 20 octubre 1994 dice que las uniones de hecho *pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación* y la de 16 diciembre 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: *no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja*. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de *protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 noviembre de Arrendamientos Urbanos [cuyo artículo 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente], de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado*». (Fundamento de Derecho tercero). Cfr. sobre esta y otras cuestiones relacionadas con las parejas no casadas, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Capítulo 31, en el volumen IV del presente *Tratado*.

61. Artículo 234-8. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar. 1. *Los convivientes en pareja estable pueden acordar la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar, con su ajuar, para satisfacer en la parte que sea pertinente los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la eventual prestación alimentaria de éste*. 2. *Si no existe acuerdo o si éste no es aprobado, en el caso de que los convivientes tengan hijos comunes, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando las siguientes reglas: a) Preferentemente, al miembro de la pareja a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure esta. b) Si la guarda de los hijos es compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga más necesidad*. 3. *La atribución o distribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al miembro de la pareja que no es beneficiario, debe ser tenida en cuenta para la fijación de los alimentos a los hijos y la prestación alimentaria que eventualmente devengue el otro miembro de la pareja*. 4. *Se aplica a la atribución o distribución del uso de la vivienda lo establecido por el artículo 233-20.6 y 7 y los artículos 233-21 a 233-25*.

objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores». Se da un tratamiento uniforme a las medidas derivadas de la ruptura de la convivencia, lo cual considero digno de elogio en cuanto supone un esfuerzo por la simplificación normativa en esta materia, haciendo realidad la equiparación derechos de los hijos al margen del vínculo que una a sus progenitores. Así, en lo atinente al uso de la vivienda familiar, tal unificación se produce en el art. 81⁶²:

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

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

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

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

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

Se adapta la normativa al régimen de custodia compartida que el derecho aragonés establece como preferente en el art. 80 CDFA.

Por otra parte, hay que destacar que la Ley 27/2003, de 31 julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, permite, solicitar la adopción de una serie de medidas, muchas de ellas de naturaleza civil, que serán adoptadas por el Juez penal, concretamente en el apartado 7 del art. 544 ter de la LECrim. Entre dichas medidas destaca la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar⁶³. Como acertadamente se ha señalado, se debe

62. El precepto se encontraba recogido en el art. 7 de la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (Ley 2/2010, de 26 de mayo), derogada hoy por el CDFA.

63. Artículo 2.7 Ley 27/2003, de 31 julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica: «Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de

subrayar que las medidas referentes a la vivienda familiar y a la prestación de alimentos no exigen la concurrencia de hijos menores para poder ser decretadas, lo cual significa que en una ley estatal se ha reconocido por vez primera la condición de vivienda familiar a la habitada por una pareja de hecho y la posibilidad de que exista entre los miembros prestación legal de alimentos⁶⁴.

En ausencia de una norma *ad hoc* en el Código Civil, a diferencia de lo que sucede en algunas normas autonómicas, la aplicación analógica del art. 96 CC es mantenida por la doctrina⁶⁵ y jurisprudencia sentencias del TS de 1 de abril de 2011 (RJ 2011, 3139), 26 de abril de 2012 (RJ 2012, 6102) 31 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6550), 6 de abril de 2016 (RJ 2016, 1321). El argumento para aplicar analógicamente las normas de atribución del uso de la vivienda familiar cuando hay hijos comunes se centra en la necesidad de equiparar en este punto la situación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, habida cuenta que la concesión de tal derecho constituye una medida de protección de los mismos⁶⁶ y ello con base en el principio de igualdad (arts. 108 CC y 14 CE). En

alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente».

64. GARCÍA RUBIO, M. P., «Parejas de hecho y lealtad constitucional», *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pg. 35 y ss. y también en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/novedades/CONSTITUCIONAL.PDF> (consultado el 27 de agosto de 2011), pg. 17.
65. DEL OLMO GUARIDO, «La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998», *Revista de Derecho Privado*, febrero, Madrid, 2000, pgs. 155 y ss. LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, Madrid, 2001.
66. Resume la doctrina jurisprudencial al respecto la Sentencia de la AP de Castellón de 8 de marzo de 2011 (JUR 2011, 229082): «El artículo 39 de la Constitución Española protege genéricamente a la familia y se establece la igualdad de los hijos, sean o no matrimoniales, ante la ley, y por tanto, las normas sustantivas reguladoras de las crisis matrimoniales, existiendo hijos menores (arts. 92 a 96 CC) así como las de carácter adjetivo previstas en el artículo 158 del mismo texto legal, son aplicables a las relaciones paterno-filiales que se crean en las parejas de hecho cuando se produce la **ruptura** de la convivencia more uxorio, de ahí que resulten plenamente equiparable tanto para el matrimonio como para las **uniones estables**, las relaciones paterno-filiales, la atribución de guarda y custodia y régimen de visitas y comunicación (arts. 90, 91, 92, 93, 94 en relación con los artículos 154 y 160 CC), la pensión alimenticia de los hijos habidos de la pareja (arts. 93 y 142 y ss. del CC) e incluso la regulación del uso de la **vivienda** (art. 96 CC) cuando existen hijos menores, y así lo ha entendido también la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, en las SS. de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9020), 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1272) y 7 de julio de 2004 (RJ 2004, 5108) de tal manera que las normas que sobre la **vivienda familiar** contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la **ruptura** del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito, siendo preponderante el interés de los hijos, por tanto, si existen hijos comunes menores, la eventual asignación se haría a favor de ellos».

definitiva, si la unión de hecho tiene descendencia, el criterio mayoritario es el de aplicar a los hijos, en lo referente al uso del domicilio, la misma normativa que se aplica a la unión matrimonial, sea ésta estatal o autonómica.

Para el supuesto de falta de descendencia común el criterio es el de desestimar el recurso a la *analogía legis* «dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que permita dicha extensión normativa» (STS de 30 de octubre de 2008 [RJ 2009, 404]), si bien, como se ha señalado, no se descarta su admisibilidad por la vía del recurso a la *analogía iuris*, siempre que se verifique la existencia de un perjuicio y un desequilibrio en la posición de la demandante respecto del otro conviviente y en comparación con la situación de convivencia, una vez cesada ésta, que justifique la compensación pretendida y la atribución del derecho de uso de la vivienda por ser portadora, en definitiva, del interés más digno de protección (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001 [RJ 2001, 4770], 8 de mayo de 2008 [RJ 2008, 3345], 12 de septiembre de 2005 [plenaria] [RJ 2005, 7148]).

Si se trata de una vivienda familiar arrendada, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, sí extiende a las parejas no casadas que reúnan determinados requisitos, las medidas de protección en materia de vivienda familiar, contempladas en el art. 12 para el caso de desistimiento y vencimiento del contrato⁶⁷. En situación de normalidad matrimonial, la protección de la vivienda que habitan parejas no casadas es mayor en el caso de arrendamiento que cuando la vivienda es en propiedad de uno de los miembros de la pareja a la que, como he dicho, no les resulta de aplicación el art. 1320 CC.

En definitiva, a la vista de la regulación vigente en el Código Civil y legislación especial y autonómica, lo cierto es que la inseguridad jurídica y el caos normativo en materia de parejas sigue estando vigente en el terreno de la vivienda familiar.

67. 1. «Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge. 2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto. Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada. 3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario. Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes. 4. *Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».*

III. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE NORMALIDAD MATRIMONIAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL

El fundamento de la normativa específica en materia de vivienda familiar en el ámbito de los regímenes económico matrimoniales, radica en la necesidad de salvaguardar la vivienda que constituye el alojamiento de la familia de la arbitrariedad del otro cónyuge que, ostentando la titularidad de la misma, disponga de ella a favor de terceros. Una medida, pues, consecuencia del principio de protección de la familia consagrado en el art. 39 CE.

Dispone el art. 1320 CC que *«para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial»*.

La restricción a la libre disposición que se establece en el art. 1320 CC, cobra verdadero sentido cuando la titularidad de la vivienda corresponde exclusivamente a uno de los cónyuges. Si ambos cónyuges son cotitulares por tratarse de un bien ganancial o en régimen de comunidad ordinaria por cuotas, el consentimiento de los dos es imprescindible por derivar de la cotitularidad. Es más, tal consentimiento es necesario incluso cuando uno de los cónyuges pretende enajenar la cuota indivisa que le corresponde sobre la vivienda⁶⁸, aspecto que es especialmente mencionado en el art. 231-9 del CCCat⁶⁹.

68. Sobre esta cuestión *vid.* MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (artículo 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002, pg. 136. Por el contrario, la RDGRN de 27 de junio de 1994 (RJ 1994, 4921) mantiene, equivocadamente, a mi juicio, que la enajenación de la cuota que ostenta un cónyuge sobre la vivienda familiar no requiere del consentimiento del otro cónyuge porque el uso de la vivienda no va a verse perturbado: «Excluida la posibilidad de que la cuota de un partícipe atribuya el derecho al uso total y exclusivo de la vivienda porque impediría al otro utilizarla conforme a su destino, y teniendo en cuenta que el carácter de vivienda habitual y familiar, que es lo que la ley trata de proteger, no puede predicarse de la que ocupan simultáneamente las familias de los dos partícipes, porque por su propia esencia ese uso no puede realizarse por cada una de ellas sobre la vivienda en su totalidad, no queda otra posibilidad para que los comuneros puedan usar la cosa común que la existencia de un pacto entre ellos, que en el caso sometido a debate no se demuestra que exista, pero que si hubiese existido no podría ir más allá que a permitir el uso en períodos discontinuos, lo que pone de relieve por la pluralidad de viviendas que debería tener a disposición cada uno de los comuneros que ninguna de ellas tendría el carácter de singular que exige la habitualidad». No comparto las consideraciones realizadas en la presente resolución por cuanto la introducción de un extraño como cotitular de la vivienda familiar, altera notablemente el régimen jurídico de la misma provocando una notable desprotección caso de que el comunero extraño ejercitara la acción de división, la cual no encontraría ningún obstáculo jurídico derivado del carácter familiar de la vivienda.

69. 1. *Con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el*

La tutela que quiere brindarse a la vivienda familiar cuando la misma es propiedad privativa de uno de los cónyuges puede lograrse a través de diversas fórmulas, entre las que destaca la constitución de un derecho de ocupación a favor del cónyuge en situación de normalidad matrimonial, inscribible en el Registro de la Propiedad, con eficacia *erga omnes*⁷⁰, solución adoptada en Gran Bretaña⁷¹ (Family Law Act de 1996, Sección 30) o concediendo al cónyuge no titular la posibilidad de impugnar el negocio de disposición realizado por su consorte sin su consentimiento⁷². Ambas posibilidades legales permiten garantizar un único objetivo: que el cónyuge no titular no sea expulsado de la vivienda sin su consentimiento, pero el mecanismo es distinto. El derecho de ocupación *no impide* la enajenación de la vivienda, pero con la subsistencia del derecho de ocupación a favor del cónyuge al que se le dota de un derecho con eficacia *erga omnes*. La restricción a la facultad de disposición *impide* la enajenación, al afectar a la eficacia del negocio dispositivo. Son dos sistemas distintos, con mecánica diferente y por ello, mezclarlos como veremos se hace en el 96 CC, planteará serios problemas de interpretación.

Efectivamente, el legislador español ha optado por las dos posibilidades: en situación de *normalidad matrimonial*, en el art. 1320 CC se concede a quien no ostenta ninguna titularidad jurídico real sobre el inmueble, una potestad de control en cuanto a la enajenación y gravamen del mismo, que viene a excepcionar la teoría general de la transmisión derivativa de los derechos reales contemplada en el último inciso del art. 609 CC, en tanto que no basta un contrato válido celebrado por el dueño del bien que se pretende enajenar,

consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. Este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general. Si falta el consentimiento, la autoridad judicial puede autorizar el acto, teniendo en cuenta el interés de la familia, así como si se da otra justa causa.

70. El Consejo de Europa advirtió de la necesidad de que el cónyuge no propietario tuviera la posibilidad de hacer constar registralmente el hecho de que ocupa la vivienda familiar, y de configurar así una situación jurídica oponible a terceros (Resolución [78] 37 del Comité de Ministros sobre igualdad de los esposos en Derecho Civil de 27 de septiembre de 1978 y la Recomendación [81] 15 de 16 de octubre de 1981). Cfr. CORRIENTE CÓRDOBA, «Hogar familiar y derecho europeo», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, pgs. 333 y ss. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pgs. 60 y ss.
71. Sobre este sistema, *vid.* VATTIER FUENZALIDA, C., «La matrimonial home en el régimen matrimonial inglés», *La reforma del Derecho de familia, Cuadernos de Derecho Comparado*, núm. 1, Salamanca, 1977, pgs. 73 y ss.
72. Es el sistema seguido en el art. 215 del Código Civil francés: «*Los cónyuges no pueden disponer, el uno sin el otro, de los derechos por los que se asegura el alojamiento familiar, ni de los muebles que contiene. El cónyuge que no haya dado su consentimiento al acto puede solicitar la anulación: la acción para pedir la nulidad puede ejercitarla en el año siguiente al día en que el tuvo conocimiento del acto, sin poder entablarse nunca más de un año después de la disolución del régimen matrimonial.*».

sino que es preciso este «consentimiento» de un tercero que no es dueño del inmueble. Se hace necesario valorar qué elemento del proceso transmisivo se ve afectado por la ausencia de este consentimiento, por lo que procede analizar su naturaleza.

Por otro lado, en paralelo, el legislador aborda de manera diametralmente distinta la posición jurídica que tiene el cónyuge no titular *en situaciones de crisis matrimonial*. A pesar de la ruptura, la necesidad de proteger la vivienda familiar subsiste y quizá, y el legislador tenía que justificar el derecho de un no titular a poseer un inmueble (cosa que no era imprescindible en casos de normalidad matrimonial dada la obligación de los cónyuges de convivir juntos, art. 69 CC), para lo cual diseñó un *derecho de ocupación*, el derecho de uso sobre la vivienda familiar. La protección en esta situación es diferente a la dispensada en situación de normalidad matrimonial. El art. 96 CC concede al no titular un derecho de uso sobre el inmueble estableciendo como criterio de atribución la custodia de los hijos comunes (art. 96.1 CC) o, caso de no existir éstos, el «interés más necesitado de protección». Nada se dice en el precepto acerca de la naturaleza de este derecho uso, limitándose a disponer el párrafo cuarto que «*para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponde al no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial*». Una lectura apresurada de este precepto podría hacer pensar que se limita a reiterar lo señalado en el art. 1320 CC para los casos de normalidad matrimonial. Sin embargo, las diferencias y alcance de la falta del consentimiento de quien tiene atribuido el uso en situación de crisis matrimonial son extraordinariamente importantes, porque diferente es el diseño de base arbitrado por el legislador. De hecho, como señalaré a continuación y según la interpretación que estimo correcta, la exigencia de consentimiento por parte del cónyuge usuario en el párrafo cuarto del art. 96 CC, bien podría haberse suprimido pues la tutela del usuario es suficiente con la concesión de un derecho⁷³, de naturaleza discutida como veremos, pero con oponibilidad *erga omnes*⁷⁴, tal y como tiene reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando la titularidad de base de los cónyuges es real (sentencia [plenaria] del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 [RJ 2010, 1274]).

El consentimiento del cónyuge no titular es necesario cuando el propietario de la vivienda realice *actos de disposición* que comprometan o puedan comprometer en el futuro el uso de la misma por los miembros de la familia. Lo que realmente impide el art. 1320 CC es la disposición *unilateral* de los derechos que uno de los cónyuges tenga sobre tales bienes, cualquiera que fuese la naturaleza de aquéllos (propiedad, usufructo, arrendamiento etc.) en modo

73. En este sentido se pronuncia TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica...*, cit., pg. 121.

74. *Vid.* Apartado IV.1 del presente capítulo.

que su uso se sustraiga a la familia o a la sociedad conyugal de forma definitiva o completa, o que pueda ponerla en peligro⁷⁵.

Por lo tanto, el término «disposición» en esta sede no debe interpretarse como contrapuesto a «acto de administración»⁷⁶. Debe, a mi juicio, tenerse en cuenta a la hora de interpretar la norma un criterio teleológico y no meramente literal, en tanto que lo que se pretende es preservar el alojamiento de la familia y no la propiedad. Un contrato de arrendamiento a favor de terceros puede comprometer el uso de la vivienda y necesitaría el consentimiento de ambos cónyuges⁷⁷. También, por supuesto, los actos de gravamen, como la hipoteca, que puede concluir en una ejecución forzosa del inmueble.

La ley se refiere a «disposición de los derechos sobre la vivienda familiar» lo cual significa no sólo la propiedad, sino cualquier otro derecho de contenido real (superficie, censo, uso, usufructo...) o personal, como el de arrendamiento⁷⁸.

Más dudas suscita la *enajenación de la vivienda con reserva de usufructo a favor del disponente*⁷⁹, en tanto, a pesar de haber disposición, no queda comprometido el uso de la vivienda. A mi juicio, aun en ese caso, el consentimiento del cónyuge no titular resulta necesario porque el carácter vitalicio del derecho de usufructo (art. 513 CC) podría poner en riesgo el uso de la vivienda en la medida en que, fallecido el usufructuario, deberá procederse a la entrega de la cosa usufructuada al nudo propietario (art. 521 CC). Cierto es, como se ha señalado, que fallecido el titular dominical deja de existir el carácter familiar de la vivienda y, por otro lado, no existe ninguna norma limitativa a favor

75. DE LOS MOZOS, «Comentario al art. 1320 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 1, Madrid, 1982, pg. 129.

76. SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, pg. 97.

77. Así lo entienden, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pg. 1452, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pg. 1608; MUÑOZ DE DIOS, «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 CC», *AAMN*, t. XXVII, pg. 234. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 300.

78. DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., pg. 131. Para un análisis pormenorizado de los actos vetados por el art. 1320, cfr. MURCIA QUINTANA, *op. cit.*, pgs. 166 y ss.

79. No presentaría dificultades en este terreno el supuesto señalado por LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pg. 291, en el que el cónyuge propietario enajena la vivienda sin el consentimiento del no titular, reservando el usufructo al cónyuge sobreviviente y de la familia entonces conviviente (reserva mientras haya familia y vínculo familiar). El interés del alojamiento familiar que trata de proteger sigue estando asegurado con las mismas posibilidades. Como ha señalado MUÑOZ DE DIOS, *op. cit.*, pg. 239, «la enajenación con reserva de usufructo no sólo no le perjudica al otro cónyuge y su familia, sino que, por el contrario, le beneficia, porque le mantiene el mismo derecho, pero con mayor solidez». En el mismo sentido, DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pg. 133. TAMAYO CARMONA, J., *Protección jurídica...*, cit., pg. 60.

del hogar familiar en los actos *mortis causa*⁸⁰, sin embargo, si la vivienda sigue en propiedad del cónyuge titular, las probabilidades de que los hijos, caso de tenerlos, sean herederos de la misma y decidan acerca de su destino, es máxima. El control presente y futuro sobre la posesión del inmueble es mayor si permanece en propiedad de uno de los cónyuges, que si se constituye en usufructuario. A pesar de que, teóricamente, el usufructo no comprometa el uso de la vivienda, el riesgo de pérdida de la posesión del inmueble por parte del cónyuge no titular y –mediatamente– de los demás miembros de la familia, es mayor, razón por la que estimo que sería necesario el consentimiento del cónyuge no titular⁸¹.

Por otro lado, se ha señalado que, caso de estimar que tal consentimiento no es preciso, postura mantenida por un importante sector doctrinal⁸², existirían importantes dificultades técnicas, pues para hacer constar en el Registro de la Propiedad el derecho de usufructo evitando así enajenación a favor de terceros de buena fe de la nuda propiedad (art. 34 LH), es preciso el consentimiento del cónyuge no titular, tal y como ordena el art. 91 RH⁸³. Con todo, este precepto es un reflejo de la norma contenida en el art. 1320 CC y exige el consentimiento del cónyuge no titular para los casos es los que éste la requiere. Si se admite que la enajenación con reserva de usufructo no necesita el consentimiento del cónyuge no titular, tampoco sería preciso *ex art.* 91.1 RH.

No basta, pues a mi juicio, que se garantice el uso de la vivienda a favor de la familia para que el acto de disposición se realice sin el consentimiento del no titular, sino que es preciso, que ese uso tenga tanta estabilidad como el derivado del derecho de propiedad, razón por la que también será necesario el consentimiento del cónyuge no titular cuando el propietario enajene la vivienda permaneciendo en el uso de la misma como arrendatario⁸⁴.

80. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, pg. 156.

81. Son también partidarios de la exigencia del consentimiento del no titular en esta hipótesis, ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 281. GIMÉNEZ DUART, T., «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RDN*, 1981, pg. 88; ÁVILA ÁLVAREZ, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *RCDI*, 1983, pg. 1308.

82. En este sentido, GARRIDO CERDÁ, «Derecho de un cónyuge sobre los bienes del otro», *RDN*, 1982, pg. 107. MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (artículo 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002, pg. 89. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, pg. 156.

83. HERRERO GARCÍA, M. J., «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pg. 280.

84. En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 291.

El fundamento de la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular en la salvaguarda del alojamiento de la familia justifica la imperatividad del art. 1320 CC y provoca la inadmisibilidad de la validez de un consentimiento otorgado con carácter previo en capitulaciones matrimoniales y con carácter irrevocable⁸⁵. Expresamente se refiere a este extremo el art. 231-9 del CCCat, equivalente al art. 1320 CC, que dispone que «*este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general*».

2. ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN DEL CÓNYUGE NO TITULAR: CO-DISPOSICIÓN Y ASENTIMIENTO. CONTRASTE CON EL CONSENTIMIENTO EXIGIDO EN EL ART. 96.4 CC Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES

Respecto de la naturaleza del consentimiento del cónyuge no titular en los casos de normalidad matrimonial contemplado en el art. 1320 CC, a pesar del tenor literal del precepto, no parece que se trate de un auténtico consentimiento contractual por cuanto no es titular del derecho que se pretende enajenar, sino de un simple asentimiento⁸⁶, no constituyéndose el cónyuge no titular en *parte* en el contrato⁸⁷. Como acertadamente se ha señalado «*este consentimiento no tiene ni puede tener el valor de elemento esencial del acto de disposición en el sentido marcado por la disciplina del artículo 1261 CC –que queda reservado para el cónyuge titular de la vivienda– sino como requisito del consentimiento de este último, es decir, como *asentimiento* que lo completa para su plena licitud y eficacia*»⁸⁸. Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445) «*el consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno –es decir, concluido por otro– por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte*». Ello significa que todas las acciones derivadas del contrato celebrado deberán

85. HERRERO GARCÍA, «Comentario al art. 1320...», cit., pg. 591; LACRUZ BERDEJO, «Elementos...», cit., pg. 20, GARCÍA CANTERO, en CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, t. V, vol. 1º, Madrid, 1994, pg. 383. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 337. ÁLVAREZ SALA, J., «Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *RDN*, 1981, pg. 19.

86. Que el cónyuge no titular lo que presta es un asentimiento, es admitido por la mayoría de la doctrina. *Vid.* ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 330 y doctrina allí citada.

87. Señala Díez-PICAZO, *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pg. 1506, respecto de la naturaleza del consentimiento exigido al no titular, que «*es un requisito adicional del negocio jurídico dispositivo, que no puede considerarse como un complemento de capacidad, que no está limitada, sino que es una declaración de voluntad del tipo de las licencias y de las aprobaciones, en que aflora el *ius prohibendi* o derecho de veto mediante el cual se protege el interés del no titular*».

88. RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, pg. 107.

dirigirse contra el cónyuge titular y no frente a su consorte, a pesar de haber prestado su asentimiento a la operación.

Con todo, los efectos de la ausencia de este consentimiento vienen establecidos en el art. 1322 CC: «cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o sus herederos». En consonancia con lo dispuesto en el último párrafo del art. 1301 CC, la sanción es la anulabilidad, con las consecuencias de régimen establecidas en dicho precepto. Que para el legislador la sanción es la anulabilidad es un extremo que me parece claro y mantenido por la mayoría de la doctrina⁸⁹ y jurisprudencia⁹⁰. Cosa distinta es que esta sanción sea o no adecuada a la problemática que genera la falta de asentimiento del cónyuge no titular.

Cabe preguntarse qué elemento del proceso transmisivo se ve afectado por la patología que genera la falta de asentimiento del cónyuge no titular. Tanto el art. 1320 como el 1322 CC se refieren a los actos de disposición, lo que incluye fundamentalmente actos de enajenación y de gravamen. En principio, parece que lo que es anulable es el contrato, es decir, el *título*. Esta solución casa mal con toda la teoría general de la transmisión de los derechos reales, pues es bien sabido que en nuestro sistema los contratos no son suficientes para operar la mutación jurídico real (último inciso del art. 609 CC). Vender no es enajenar, sino tan sólo fuente de obligaciones, consumándose la transmisión que es la entrega (real o ficticia) realizada por el dueño que no tenga limitada

89. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 363, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pg. 1506; LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 188; ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, cit., pg. 162; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, En contra, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, «Protección legal de la vivienda familiar», *RCDI*, 1988, pg. 1137. MURCIA QUINTANA, *op. cit.*, pg. 260, niega que el art. 1322 CC sea aplicable como sanción de ineficacia al negocio dispositivo. Justifica su posición en la inadecuación del régimen de la anulabilidad al supuesto. Comparto la opinión de la inadecuación del régimen al problema que genera la falta de asentimiento del cónyuge no titular, pero no me cabe duda que la voluntad del legislador ha sido la de establecer tal grado de ineficacia. Con todo, no creo que sea posible equiparar en cuanto las consecuencias la situación del art. 1320 CC con la del art. 96 CC pues los mecanismos de protección empleados por el legislador son diferentes. La ley no diseña un «derecho» a favor del cónyuge no titular en situación de normalidad matrimonial y sí lo hace para los casos de crisis conyugal. De ahí que no comparta la categoría de la inoponibilidad que propone el autor citado para resolver los problemas que plantea el art. 1320 CC.

90. Explícita en este sentido es la sentencia del Tribunal Supremo de 8 octubre de 2010 (RJ 2010, 7445): «El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como "declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno –es decir, concluido por otro– por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte", siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión».

su facultad de disposición. El auténtico acto de disposición lo constituye la tradición como modo de adquirir que requiere un contrato válido, forma de entrega y poder de disposición del transmitente⁹¹. La ausencia del asentimiento del cónyuge no titular se ha diseñado como una irregularidad del título cuando, en puridad, el contrato reúne todos los requisitos para su validez y en el momento de su celebración, el cónyuge titular no está «disponiendo» sino tan sólo «obligándose⁹²». Se llega al contrasentido de que siendo válida la venta de cosa ajena, es anulable la venta de cosa propia sin asentimiento del cónyuge no titular.

Desde la más estricta técnica jurídica, lo que debería ser anulable es la *transmisión*, dado que el asentimiento del cónyuge no titular constituye una *limitación a la facultad de disposición*⁹³ y ésta no es requisito del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir. El elemento del proceso transmisivo que se vería afectado por la falta del asentimiento es el *modo* y no el *título*. Cosa distinta es que se haya tomado la solución de otros ordenamientos, como el francés, en los que dada la adopción del sistema de transmisión *solo consensu* (art. 1138 *Code*) en el que basta el contrato de finalidad traslativa para operar la mutación jurídico real, el contrato es a su vez negocio de disposición y, por ende, la afectación del contrato por falta del consentimiento del otro cónyuge, deviene lógica y coherente. Se evidencia así, de nuevo, cómo el legislador importa soluciones de otros ordenamientos, sin tener en cuenta que se insertan en un sistema y, por lo tanto, son muchas las piezas a tener presente.

La razón por la cual el legislador ha optado por reconducir la patología que genera la falta de asentimiento del cónyuge no titular, al contrato, radica en haber traspuesto una solución que, siendo válida y coherente para la regulación anterior a la reforma de 1975, tras la instauración del principio de igualdad entre cónyuges y la supresión de la incapacidad de la mujer casada, ahora choca con el sistema. Lo que constituía un problema de capacidad, ahora es de poder de disposición y la solución debía ser otra, salvando la validez del contrato y reconduciendo la irregularidad al acto de disposición en sentido estricto que es el modo de adquirir. Como se ha señalado, «una cosa es que bajo la vigencia del art. 1413, en su redacción de 1958, la doctrina (no unánime, ni mucho menos) y la jurisprudencia se decantasen en pro de la tesis de la anulabilidad, pues incluso podía afirmarse que el matrimonio restringía la capacidad de obrar de

91. Cfr. mi trabajo, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996. También «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», *Revista electrónica NUL-Estudios* <http://www.codigo-civil.org/mulidad/lodel/document.php?id=572>.

92. Esta disfunción ha sido denunciada por GIMÉNEZ DUART, T., «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge. (Ensayo contra el artículo 1322)», *Anales de la Academia Matritense del notariado*, t. XXVIII, pg. 346.

93. En este sentido, ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 138.

los cónyuges: la de la mujer totalmente, siempre precisaba licencia marital, por lo que su encaje en el art. 1301 CC era perfecto. Respecto del marido, parcialmente: no en cuanto a sus bienes propios, pero sí respecto de los gananciales, pues sólo él ostentaba el poder de disposición y, en cambio, precisaba el asentimiento *uxorio* para disponer de ciertos bienes. Forzando un poco los conceptos, la anulabilidad constituyó una solución discutible pero indudablemente útil»⁹⁴.

A pesar de ello, la opción del legislador ha sido la situar la patología que genera la falta de consentimiento en el contrato, decisión que no está exenta de consecuencias prácticas en la medida que el tercero que adquiera no podrá ampararse en la fe pública registral (art. 34 LH), ya que ésta subsana la falta de poder de disposición del transmitente⁹⁵ y no las irregularidades del título (art. 33 LH).

Si se aplica con carácter general el art. 1322 CC a todos los supuestos en los que un cónyuge necesita el consentimiento del otro, abarcando también los supuestos de los arts. 1375 y 1377 CC sobre enajenación de bienes gananciales, ello implica dar idéntica solución a problemas de base distintos, pues no es lo mismo el consentimiento necesario para enajenar un bien que pertenece a ambos cónyuges que el preciso para enajenar un bien del que no es titular el otro cónyuge. En el primer caso, ambos cónyuges son parte en el contrato y se trata de un genuino consentimiento contractual (art. 1261 CC) y, en el segundo, se trataría de un mero *asentimiento* (Sentencia de 8 octubre de 2010 [RJ 2010, 7445]).

Distinta es la naturaleza del consentimiento exigido en el art. 96, párr. 4º CC para los casos en que el uso del inmueble ha sido atribuido al cónyuge no titular y, sobre todo, diferentes las consecuencias que se derivan de su falta de concurrencia. Y ello porque como he dicho y se tratará *infra*⁹⁶, la protección del cónyuge en situación de crisis matrimonial se diseña mediante la *atribución* de un derecho y no a través de una mera potestad de control por medio de la prestación de un asentimiento. Mayoritariamente se entiende que se trata de un derecho de ocupación oponible *erga omnes*. Una posible interpretación sería la de aplicar los efectos que el Código Civil establece para el art. 1320 CC, de manera que el acto de disposición sería anulable, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1301 y 1322 CC⁹⁷, que serían de aplicación en esta hipótesis.

94. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pg. 329.

95. Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en las importantes sentencias de unificación de doctrina de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007, 723) y 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5303), comentadas por mí en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 1º, dirigidos por YZQUIERDO TOLSADA, M., Madrid, 2008, pgs. 351 y ss. y 493 y ss.

96. Apartado IV.1 del presente capítulo.

97. HERRERO GARCÍA, M. J., «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Beltrán de Here-*

Por el contrario, se ha mantenido que la regulación contenida en los arts. 1322 y 1301 CC no resulta de aplicación en la hipótesis de crisis matrimoniales, cuando el negocio dispositivo celebrado por el titular de la vivienda se refiere no ya a la «vivienda familiar», sino a la «vivienda atribuida». El consentimiento del no titular constituye un requisito de eficacia del negocio de disposición, el cual, aun realizado sin el consentimiento del cónyuge usuario, sería válido y eficaz en cuanto a la transmisión de la titularidad en tanto que el tercero está adquiriendo de quien es dueño, pero el adquirente deberá soportar el derecho de uso a favor del cónyuge no titular⁹⁸. Constante matrimonio, presu- puesta la existencia de una relación estable, la subsistencia de la legitimación posesoria del cónyuge no titular, cuando su consorte dispone de la vivienda familiar a favor de tercero sólo se produce si se ha omitido su consentimiento al negocio dispositivo y el adquirente es de mala fe. Pues bien, atribuida la vivien- da al cónyuge no titular, la subsistencia de su legitimación posesoria prescinde de este último dato y depende sólo del primero: si no media el consentimiento del cónyuge beneficiario de la atribución, éste no se ve perjudicado por el negocio de disposición que –entonces– es sólo parcialmente eficaz. El negocio produce efectos frente al cónyuge titular, que pierde la titularidad del derecho que ostentaba sobre la vivienda; pero no produce efectos frente al cónyuge no propietario, que mantiene la legitimación posesoria de que gozaba: frente al cónyuge no titular, la ineficacia del negocio dispositivo es total y absoluta⁹⁹.

En situación de normalidad matrimonial, la falta de consentimiento del cónyuge no titular provoca (incorrectamente, a mi juicio) la ineficacia del *título* y con él de la transmisión (art. 609 CC) que puede ser bloqueada por la buena fe del adquirente (art. 1320.2 CC). Por el contrario, según el plantea- miento antes citado, en situación de crisis matrimonial, la falta de consenti- miento del cónyuge usuario no titular de la vivienda no provoca la ineficacia de la transmisión del titular a favor de un tercero que adquiere *a domino*, y la ley expresamente en esta sede no hace aplicación del art. 1322 CC (que viene a excepcionar el régimen general de transmisión de derechos reales al exigir un plus, el asentimiento de un titular, a los requisitos generales, título y poder de disposición del *tradens*), de forma que el tercero adquiere el dominio con la obligación de respetar el derecho de uso del no titular.

dia y Castaño, Salamanca, 1984, pg. 325. ROCA I TRÍAS, «Comentario al art. 96 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984, pg. 614. GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *ADC*, 1982, pgs. 1154 y 1155.

98. En este sentido, ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, cit., pg. 253; MONDÉJAR PEÑA, M. I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002-I, pg. 443. TAMAYO CARMONA, J., *op. cit.*, pg. 124.

99. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, cit., pg. 253.

Esta diferencia de trato en cuanto a los efectos de la falta de asentimiento del cónyuge no titular que ocupa un inmueble atribuido en proceso de crisis matrimonial se ha regulado de manera expresa en el art. 233.25 del Código Civil de Cataluña que dispone que «*el propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso*». La solución adoptada en el derecho catalán me parece adecuada y coherente con la configuración del uso como oponible *erga omnes*: no es preciso el consentimiento del no titular, pero subsiste el derecho de uso, tal y como ocurre siempre que se transmite finca gravada por un titular. Los titulares de derechos reales limitados no precisan dar su consentimiento a la enajenación, salvo que con el mismo consientan la extinción de tal derecho.

Ciertamente, a mi juicio, el interés que se pretende salvaguardar con las restricciones a la libre disposición de la vivienda familiar, que es el de conceder al cónyuge no titular un control sobre la disposición unilateral por parte del propietario, que asegure la satisfacción de las necesidades de vivienda de la familia, se consigue de manera más efectiva con la salvaguarda de la ocupación del inmueble por parte del cónyuge no titular, al margen de los actos de disposición que éste realice. El problema radica en que el diseño de esta protección requiere que el cónyuge en situación de normalidad matrimonial goce de un *derecho de ocupación oponible erga omnes*, de las mismas características que el otorgado en situación de crisis matrimonial. Mientras exista esta diferencia de base, la protección no podrá nunca equiparse, pues los efectos respecto de los principios en materia de obligaciones y derechos reales son necesariamente distintos.

En situación de normalidad se ha arbitrado una defensa aparentemente más eficaz en la medida en que le permite al cónyuge no titular atacar el *título* de transmisión del cónyuge titular a favor del disponente, pudiendo provocar la ineficacia de la transmisión. Por el contrario, en situación de crisis matrimonial, tal título no podría ser atacado y, dado que al no titular se le concede un derecho oponible *erga omnes*, su protección vendría dada por la teoría general de los derechos reales, a saber, como toda carga real, el tercero se verá obligado a soportarla si no consta el consentimiento del titular a la cancelación de la misma o si el tercero no ve amparado su derecho por los principios de la fe pública registral. Si se enajena como libre una finca gravada y el gravamen no se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad y el tercero era de buena fe y no pudo conocer tal derecho, éste resultará protegido por las normas generales del sistema, particularmente por el principio de fe pública registral contemplado en el art. 34 LH, al margen de que el art. 96 CC no haga referencia a este particular. En este caso, el art. 34 LH no legitimaría una adquisición *a non domino* puesto que el tercero adquiere de quien es titular, sino que permiti-

ría adquirir como libre una finca gravada, dado que no hay que olvidar que las distintas posibilidades de inexactitud registral respecto a las cuales el principio de fe pública va a proteger al tercero, pueden llevar a adquisiciones en las que al menos no todo sea adquisición *a non domino*. Por medio de dicho principio se garantiza al tercero una adquisición en todo coincidente con lo que resulta de la publicidad del Registro¹⁰⁰. Para el tercero adquirente la presunción de exactitud implica la de integridad del Registro¹⁰¹ y adquiere el derecho en la forma y extensión fijadas en el asiento respectivo. En el artículo 34 LH no se recoge expresamente este supuesto, pero su cobertura por el principio de fe pública registral es indudable. El tercero adquirirá como libre el derecho que como tal aparece en el Registro, aunque en la realidad se encuentre limitado o gravado por algún derecho real en cosa ajena no inscrito o indebidamente cancelado¹⁰².

Por ello, no comparto la opinión de quien niega la aplicación de las normas registrales de protección a tercero –siempre que concurren los requisitos exigidos por éstas– por considerar que no existe en este supuesto circunstancia alguna que posibilite «anular o resolver» el derecho del otorgante ni, en definitiva, se cuestiona la adquisición del tercero. El adquirente no podría invocar las normas de protección registral y enervar la legitimación posesoria del cónyuge no titular¹⁰³.

Configurado el derecho que se atribuye al cónyuge no titular como un derecho oponible *erga omnes*, inscribible en el Registro de la Propiedad tal y como tiene reconocido la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de unificación de doctrina de 18 de enero de 2010 [RJ 2010, 1274])¹⁰⁴ su protección frente a terceros de buena fe viene, a mi juicio, dada por las normas

100. GORDILLO CAÑAS, «El principio de fe pública registral», (II), *ADC*, núm. LXI-3 2008, pg. 1133.

101. Cfr. GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pg. 1148. GÓMEZ GÓMEZ, «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *RCDI*, 1952, núm. 290, pg. 561. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil III bis. Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984, pg. 195.

102. GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pg. 1148.

103. ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 255.

104. «*El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división.*

Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son sólo beneficiarios. (Fundamento de derecho séptimo)».

generales del sistema, lo que puede justificar la omisión a la protección de los terceros de buena fe en el art. 96 CC. Si el uso no está inscrito y el tercero no lo puede conocer, entiendo que será aplicable el art. 34 LH y el tercero que de inicio adquirió *a domino*, podrá desconocer el derecho de uso del cónyuge no titular. De ahí la importancia de que éste haga constar su derecho en el Registro de la Propiedad para salvaguardar de forma inexpugnable frente a terceros su derecho y la protección de la vivienda que el legislador ha querido brindar. Cosa distinta es que, dado que la subsistencia del derecho de uso requiere la utilización efectiva de la vivienda por el no titular, tal posesión actúe como forma de publicidad y resulte complicado que se dé el requisito de la buena fe del tercero¹⁰⁵.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10136), ante un caso de enajenación por el titular del inmueble cuyo uso estaba atribuido con carácter previo a quien fue su cónyuge, dispone que «no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral». El recurrente alegó la infracción del art. 34 LH, motivo que fue desestimado por falta de buena fe, ya que quedó probado que conocía la existencia de tal derecho de uso que pesaba sobre la vivienda familiar.

En suma, el derecho de uso contemplado en el art. 96.4 CC no es inmune a los principios hipotecarios ni a las normas generales de protección de los terceros de buena fe, por más que en dicho precepto no se haga mención a ellos. Si se mantiene la posición que propugno, que es la de aplicar la teoría general de los derechos reales, y una vez admitida la naturaleza *erga omnes* de tal derecho –doctrina que parece hoy consolidada, por más que –nominalmente– se niegue su categoría de derecho real (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 [RJ 2010, 1274])¹⁰⁶ es que en realidad no era necesario que el precepto contuviera tal mención–.

105. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5303).

106. «El Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el art. 83.3 CF y el art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad» (Fundamento de derecho sexto). Aun reconociendo el carácter real de tal derecho (*vid. infra* apartado IV.1 del presente capítulo) no me parece un argumento decisivo el hecho de que en el Código Civil de Cataluña se haya establecido la inscribibilidad del derecho de uso. Al Registro de la Propiedad también acceden excepcionalmente derechos personales como es el caso del arrendamiento. Si su naturaleza fuera indubitadamente real, su entrada en el

Por el contrario, en situación de normalidad matrimonial, el cónyuge no titular carece, como he dicho, de un derecho de ocupación oponible *erga omnes*, razón por la cual su protección frente a terceros es diferente, por la vía de la impugnación del título de transmisión del bien realizado sin su consentimiento, lo que hace que el tercero de buena fe a que hace alusión el art. 1320.2 CC, no tenga que ser necesariamente un tercero hipotecario (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10136]).

En definitiva, y aunque ello signifique adelantar conclusiones respecto de la posición de los terceros ante la vivienda familiar, el valor del consentimiento del cónyuge no titular en situación de normalidad y de crisis matrimonial es distinto, a pesar de la aparente simetría entre los arts. 1320.1 y 96.4 CC. En situación de crisis, el consentimiento es necesario para permitir la extinción del derecho de uso y que el tercero que adquiera la vivienda lo haga libre de cargas, pero no para la validez del acto dispositivo, no siendo aplicable a mi juicio en esta sede el art. 1322 CC. El alcance de las consecuencias derivadas del mismo evidencia que en situaciones de crisis matrimonial, el cónyuge usuario presta un verdadero consentimiento por cuanto implica la renuncia a un derecho atribuido judicialmente.

En el caso de normalidad matrimonial, el asentimiento (dado que afecta a la disposición de un derecho del que no es titular y no supone la renuncia a ningún derecho) del cónyuge no titular afecta a la validez del acto dispositivo y su falta provoca la anulabilidad del mismo. Y ello porque, como reiteradamente he señalado, el legislador ha optado por darle al cónyuge no titular esa potestad de control sin concederle ningún derecho de ocupación oponible *erga omnes*. Lo que no me parece admisible es pretender conseguir idénticas consecuencias en ambas hipótesis cuando existe esta diferencia estructural entre los mecanismos protectores. Creo que ello ha enturbiado sobremanera la inteligencia del régimen jurídico de la vivienda familiar y, particularmente, la posición jurídica de los terceros adquirentes.

3. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUPLETORIA

El art. 1320 CC no deja en manos del cónyuge no titular de manera absoluta la facultad de decidir acerca de la enajenación de la vivienda, dado que prevé la posibilidad de que el cónyuge titular solicite una autorización judicial que supla el consentimiento del otro cónyuge. Sin embargo, en el art. 91.1 RH

Registro de la Propiedad se reconduciría a las normas generales (arts. 2 LH y 7 RH). El hecho de que una norma declare su inscribibilidad precisamente denota la ausencia del carácter real de tal derecho que no requeriría mención expresa por la ley para su acceso al Registro.

complementario del art. 1320 CC, omite la autorización judicial supletoria a los efectos de lograr la inscripción de dichos actos dispositivos en el Registro de la propiedad.

Ahora bien, cabe cuestionar si es razonable admitir una autorización judicial supletoria, tal y como establece la ley, en cuanto se trata de una cuestión que juega en el ámbito *interno* de la relación familiar o conyugal, y que se produce en interés del otro cónyuge y de la propia familia, habiéndose postulado la supresión de dicha autorización judicial, dadas las dificultades del Juez de tener conocimiento de las relaciones internas entre cónyuges que pudieran justificar la negativa del cónyuge no titular¹⁰⁷. Sin embargo, no es la primera vez que el Juez entra a valorar el interés de la familia cuando no hay acuerdo entre cónyuges (art. 70 CC).

Para que proceda dicha autorización supletoria es preciso que se demuestre que la enajenación de la vivienda familiar no perjudica el interés de la familia¹⁰⁸, pero no entendido como interés patrimonial, sino en el sentido que entre la situación anterior a la autorización judicial supletoria y la posterior, no se genere una ausencia de vivienda familiar, acorde con las circunstancias familiares en el momento de la concesión¹⁰⁹. Se trata de garantizar el alojamiento de la familia y ése será el interés que deba tener presente la autoridad judicial, aunque obviamente, las circunstancias patrimoniales deberán ser tenidas en cuenta, pues no cabe mantener una modalidad de alojamiento a cualquier precio.

Tal autorización judicial puede solicitarla el cónyuge propietario ante la negativa injustificada por parte del cónyuge no titular, así como en los casos en los que éste se encuentre imposibilitado de otorgarla (ausencia e incapacidad). Se trata de un acto de jurisdicción voluntaria (arts. 1811 LECiv de 3 de febrero de 1881)¹¹⁰ y la autorización debe ser solicitada con carácter previo a la realización del acto dispositivo. El asentimiento posterior al acto llevado a

107. Favorable a la supresión de la autorización judicial supletoria se muestra DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pg. 136. Crítico también se muestra BELDA SÁENZ, C., «Notas para el estudio del art. 1320 CC», *RDP*, 1985, I, pg. 343.

108. Así se establece de manera expresa en el art. 231-9 CCCat cuando dispone que «*si falta el consentimiento, la autoridad judicial puede autorizar el acto, teniendo en cuenta el interés de la familia, así como si se da otra justa causa*». Se avanza más en el texto catalán que no condiciona la autorización al interés de la familia, sino a otra justa causa que puede no coincidir con aquél, como por ejemplo, el ser el lugar donde habita la familia nocivo para la salud del disponente e injustificadamente el otro cónyuge deniega egoístamente la disposición. Aunque el supuesto pueda degenerar en crisis matrimonial, lo cierto es que el Juez podría autorizar la enajenación del inmueble.

109. MURCIA QUINTANA, *ob. cit.*, pg. 328.

110. Disposición transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, establecía que se aplicarían las normas sobre jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan «*para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente Ley*».

cabo por el cónyuge no titular, sanará el acto anulable, pero no sucede lo mismo con la autorización judicial supletoria, cuyo fundamento es el control del acto dispositivo que se pretende realizar, no teniendo la facultad de confirmar un negocio anulable para lo que la ley no le ha otorgado legitimación¹¹¹.

La autorización judicial es necesaria fundamentalmente cuando la vivienda es privativa de uno de los cónyuges, ya se pretenda la realización de la enajenación a título oneroso o gratuito. También es precisa cuando la vivienda familiar es ganancial y un cónyuge negare o estuviere impedido para prestar el consentimiento (art. 1377 CC), siempre que se trate de actos a título oneroso, dado que el art. 1378 CC declara nulos de pleno derecho los actos de disposición a título gratuito de los bienes gananciales si el consentimiento de ambos cónyuges. Cuando la titularidad del derecho sobre la vivienda sea privativa cabrá en todo caso la autorización judicial¹¹². La restricción de la gratuidad afecta a la vivienda familiar común.

Por último, procede cuestionar el hecho de que la ley permita una autorización judicial supletoria en la hipótesis del art. 96.4º CC, habida cuenta, como he señalado, del distinto alcance de la protección dispensada en esta situación y, por ende, la naturaleza del consentimiento del no titular, que no se limita a asentir la disposición de un derecho de otro, sino que renuncia a un derecho constituido judicialmente, pues permite que el tercero adquiera el inmueble sin derecho de uso. Admitir la autorización judicial sustitutiva en este caso implica una modificación de medidas fuera del propio proceso matrimonial hábil¹¹³. De nuevo, se evidencia la improcedencia de trasplantar la solución del art. 1320 CC (necesidad de consentimiento) a un supuesto en el que la protección se arbitra mediante la concesión de un derecho oponible *erga omnes*.

4. LA NORMATIVA CONTENIDA EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO: LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL CARÁCTER FAMILIAR DE LA VIENDA

A pesar de que el carácter familiar de la vivienda implica una restricción a la facultad de disposición de la misma al exigirse el consentimiento del cónyuge no titular, la legislación hipotecaria no prevé explícitamente el mecanismo que permita la constancia registral de dicho carácter familiar¹¹⁴. Esta circuns-

111. En este sentido, ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 362.

112. HERRERO GARCÍA, «Algunas consideraciones...», cit., pg. 309. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Notas sobre la vivienda habitual...», cit., pg. 1617.

113. En este sentido, TAMAYO CARMONA, *op. cit.*, pg. 122.

114. Esta circunstancia ha sido denunciada por la mayoría de la doctrina. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, cit, pg. 170, nota 123. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, cit. pg. 68. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La relevancia

tancia me parece un grave defecto del sistema que puede hacer ilusoria, como veremos, la pretendida protección que se quiere otorgar al cónyuge no titular. La vivienda familiar es objeto de protección al margen de la titularidad real o personal que sobre el inmueble ostente el cónyuge, pero ¿cómo pueden los terceros que contratan con un cónyuge saber si el inmueble privativo del que es titular constituye o no vivienda familiar?

Sorprendentemente, el carácter familiar deriva de una simple manifestación de voluntad del disponente, tal y como se deduce del art. 91.1 del Reglamento Hipotecario: «*Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos de la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter*». Parece existir una presunción legal *iuris tantum* a favor del carácter familiar de la vivienda¹¹⁵, pero que puede ser fácilmente desvirtuada, dado que para que éste cese, basta la declaración de voluntad del disponente. Efectivamente, a tenor de dicha disposición reglamentaria, para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda privativa de un cónyuge, será necesario el consentimiento del otro, salvo que el titular manifieste que tal inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia.

Es evidente que los adquirentes de un inmueble que es vivienda familiar pueden ver afectado su derecho por esta circunstancia, en la medida que existe una restricción a la libre disposición. Para proteger a los terceros basta «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda» que «no perjudicará al adquirente de buena fe». Al margen del alcance de esta norma a la que posteriormente me referiré, lo cierto es que la ausencia de constancia registral del carácter familiar de la vivienda facilita la existencia de terceros de buena fe que hagan inoperante la protección del cónyuge no titular. De ahí que como acertadamente se ha señalado «la seguridad del tráfico prevalece sobre la seguridad familiar»¹¹⁶.

registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, pg. 136. LARRONDO LIZARRAGA, «El ejercicio de actos dispositivos sobre la vivienda familiar en el nuevo Codi de Família», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, agosto-octubre 1999, pg. 293. YÁÑEZ VIVERO, «El embargo de la vivienda familiar y su anotación: Reforma del Reglamento Hipotecario y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Consultor Inmobiliario*, 2002, núm. 26, pg. 22. MORALEJO IMBERNÓN, «El embargo de bienes gananciales. Algunas reflexiones sobre la reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1978, de 4 de septiembre», *Aranzadi Civil*, 1999 (BIB 1198, 1357), pg. 31.

115. ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 68, para quien tal presunción implícita del carácter del inmueble de vivienda familiar demuestra que por sí solo no tiene acceso (*op. cit.*, pg. 258).

116. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, pg. 126.

Más sencillo sería permitir la entrada en el Registro de la Propiedad del carácter familiar de la vivienda por acuerdo de ambos cónyuges con base en lo dispuesto en art. 70 CC, de manera que los terceros puedan conocer tal circunstancia, evitando que consoliden una adquisición inatacable en detrimento de los derechos del cónyuge no titular¹¹⁷. Por el contrario, según la vigente regulación, el cónyuge titular puede burlar los derechos del otro que pretendidamente se quieren proteger en el art. 1320 CC, declarando que la vivienda no tiene carácter familiar. Hecho esto, el Registrador no puede denegar la inscripción del negocio de disposición realizado sin consentimiento del cónyuge del titular, cosa que, entiendo, sí podría hacer si ya constara tal carácter en el Registro de la propiedad. El art. 1320 CC no es efectivo por falta de apoyo en la normativa registral. Es una ley con una sencilla «trampa».

Las dificultades de inscribibilidad del carácter familiar de la vivienda pueden encontrarse en la circunstancia de que dicha naturaleza familiar constituye una cuestión de hecho¹¹⁸, en la medida en que su carácter deriva de la circunstancia fáctica de constituir la residencia habitual del grupo familiar, lo cual puede ser modificado por el titular, sin necesidad de acto jurídico alguno. Dado que el derecho que ostenta el cónyuge no titular es meramente posesorio, su acceso estaría vetado por el art. 5 LH que impide la inscripción de meros hechos al disponer que «los títulos referentes al mero hecho de poseer no son inscribibles». El Registro no publica derechos que no puede garantizar por depender de circunstancias meramente fácticas y cuya veracidad y exactitud no pueden ser controladas por el Registrador. El carácter de vivienda familiar o habitual que puede recaer sobre un inmueble perteneciente a uno de los cónyuges es un dato meramente circunstancial, en el sentido de que puede ser objeto de numerosos cambios y variaciones a lo largo de la vida del matrimonio y por lo tanto, no es una calificación que, de modo definitivo, arrastre un inmueble determinado, por mucho que tal adjetivación haya tenido acceso al Registro de la Propiedad. Esta mutabilidad de la vivienda familiar dificulta su publicidad registral¹¹⁹.

117. Por el contrario, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.* pg. 1622 considera que la constancia registral del carácter familiar de la vivienda «ocasionaría insalvables e injustificados perjuicios para la buena fe de los futuros adquirentes».

118. En este sentido, GORDILLO CAÑAS, A., «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del derecho de familia», *ADC*, 1982, pg. 1134, refiriéndose al art. 1320 CC afirma que «lo que en él está en juego no es una cuestión de titularidad, sino una restricción de la facultad dispositiva en razón de una situación de hecho: el destino del inmueble a vivienda habitual de la familia. Sabido es que el Registro publica derechos; el destino de la vivienda es un hecho ajeno, de suyo, al objeto de la publicidad registral. (...). Una cosa es la publicidad de la norma que impone la limitación dispositiva, y otra muy distinta la cognoscibilidad de la realización del presupuesto de hecho determinante de su aplicabilidad».

119. MORALEJO IMBERNÓN, *El embargo de bienes gananciales, op. cit.*, pg. 29.

Con este planteamiento, los problemas no se encuentran tanto en las normas registrales, sino en el bien que se pretende proteger, cuyo estatuto depende de cuál sea la residencia habitual de los cónyuges en cada momento. Ya he criticado¹²⁰ esta noción y la necesidad de objetivar el concepto de vivienda familiar con el objeto de lograr una mayor garantía, considerándolo sede física del domicilio conyugal fijado de común acuerdo por las partes y desvinculándolo del dato fáctico de la residencia efectiva¹²¹. Se pensará que ello altera el fundamento de la protección dispensada en el art. 1320 CC cuyo objeto es tutelar el inmueble que sirve de alojamiento a la familia. Sin embargo, será frecuente que el lugar donde los cónyuges tienen su domicilio conyugal sea precisamente la vivienda habitual y, caso de no serlo, deberá demostrarse por las partes, pero debe presumirse que tal coincidencia existe¹²², a los efectos de que la demostración sea más sencilla y se pueda verificar por el Registrador y ser objeto de publicidad. En consecuencia, el concepto de vivienda familiar debe ser objetivado, sin que su acreditación se haga depender de circunstancias puramente fácticas que hagan ilusoria su tutela¹²³.

120. Vid. apartado II.1 del presente capítulo.

121. En este sentido, MARTÍN MARTÍN, «Comentario del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», *La Reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 1998, pg. 21.

122. En la sentencia del TS de 31 de mayo de 2012 (RJ 2012, 65550) se señala, en relación con la aplicación del art. 96 CC, que este precepto exige que el inmueble «constituya la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el Art. 70 C.C., en relación al domicilio de los cónyuges». Allí donde los cónyuges tengan fijado su domicilio conyugal debe entenderse que tienen su residencia habitual y, por lo tanto, su vivienda familiar, por más que pueda probarse que tal inmueble en realidad no constituía la residencia habitual. En la sentencia citada se deniega la atribución del uso de «un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar». En el caso concreto, se probó que la pareja no había convivido en dicho inmueble ni temporal ni permanentemente. Por lo tanto, ni la vivienda era «domicilio» fijado por los cónyuges (criterio al que se atiende en primer lugar), ni se ha probado la residencia habitual en el mismo que habría valido como prueba, aunque el domicilio designara una vivienda distinta.

123. Esta objetivación ha tenido lugar en el ámbito fiscal en relación con el concepto de vivienda habitual con el objeto de aplicar las deducciones correspondientes. En este sentido, dispone el art. 68.1.3º de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (RCL 2006, 2123) del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que «se entenderá por vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas». Sobre el concepto fiscal de vivienda habitual, cfr. JORBA JORBA, O., «La vivienda habitual del cónyuge

Recientemente se ha admitido la posibilidad de inscribir una escritura en la que las partes se limitan a declarar que un inmueble privativo de uno de los cónyuges es vivienda familiar, aunque en el caso concreto no se inscribió por otras razones.

Se trata de la RDGRN de 28 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 5143). Se presentó en el Registro una escritura en la que comparecían ambos cónyuges declarando, respecto de un inmueble de carácter privativo del marido, que tal bien constituía vivienda habitual de la familia declarándolo afecto a las cargas del matrimonio. Los cónyuges solicitan la inscripción del destino de un inmueble a vivienda familiar con base en lo dispuesto en el art. 103.5° CC. El Registrador declara no inscribible la escritura citada considerando que dicho precepto del Código Civil va dirigido a resolver, en un tiempo de crisis o pre-crisis matrimonial el cambio del régimen de administración y disposición de unos bienes privativos afectados en un título previo; ese cambio de gestión y disposición de los bienes sí puede ser publicada previa una disposición judicial (art. 96.2 RH). «La previa declaración aislada efectuada por los cónyuges no afecta a los terceros y carece de reflejo registral. Se deniega la inscripción porque no contiene una modificación de régimen matrimonial (art. 1333 CC), no se constituye un derecho real típico u otro de otro tipo y no puede publicarse por nota marginal porque tal declaración no provoca una modificación jurídica. No es ninguna de las notas de afección ordenadas por una norma y no está respaldada por la doctrina (*sic*). No publica una situación especial».

Se impugna ante la DGRN la decisión del Registrador y se alega, entre otras razones, que la voluntad de las partes manifestada en dicha escritura modifica algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles y que su acceso está permitido con base en arts. 103.5° CC y 7 RH y 2 LH. La DGRN desestima el recurso y confirma la nota de calificación. El centro directivo argumenta su resolución considerando que «la afectación genérica al levantamiento de las cargas del matrimonio no tiene alcance o eficacia real, pues no constituye un gravamen real sobre los bienes afectados» y que no caber reflejar registralmente «la afectación de determinados bienes de un cónyuge a la responsabilidad derivada de actos de su consorte, esto es, que determinadas deudas puedan hacerse efectivas sobre masas patrimoniales ajenas al propio deudor». «Cuestión distinta es que se hubiera convenido una garantía real expresa, en cuyo caso sería inscribible si se ajustara a las normas generales sobre derechos reales». Tampoco se puede decir que supongan una limitación actual o futura del régimen de disposición o administración de tales bienes, pues son simple presupuesto para una posterior resolución judicial que determine el régimen

supérstite», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 10/2010, parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010.

de administración y disposición de tales bienes en caso de separación. Esta situación de separación y la eventual decisión judicial tomada con base en el artículo 103 del CC actúan a modo de *conditio iuris* de la modificación del régimen de disposición y administración, que sí justificaría la inscripción, de manera que hasta que no se produzca aquélla, no puede tener lugar ésta.

Cuestión distinta (tal como pone de manifiesto el Registrador pero rechaza por insuficiente el recurrente) es que se quisieran limitar los pronunciamientos registrales a la constancia de que tales bienes integran la vivienda habitual de la familia, pues eso sí sería perfectamente posible, dada la trascendencia inmediata que tiene en orden al régimen de disposición de tales bienes (cfr. artículo 1320 del Código Civil).

Admite, pues, la DGRN la inscribibilidad de una escritura en la que los cónyuges declaren que tal vivienda es familiar, pero se deniega en el caso concreto por pretender el recurrente la «afección» de tal inmueble al levantamiento de las cargas del matrimonio, lo que permitiría el embargo de un bien privativo por deudas del otro cónyuge cuando éste incurriera en responsabilidad deudas derivadas de las cargas del matrimonio.

El carácter familiar de la vivienda implica una restricción a la facultad de disposición del titular que puede tener efectos frente a terceros y este solo dato debiera bastar para que pudiera tener acceso al Registro la afectación familiar del inmueble con base en lo dispuesto en el art. 7 RH¹²⁴ que admite la inscripción de «cualquier acto o contrato (...) que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales». Cuando se adquiere un inmueble por ambos cónyuges cuyo destino es el de vivienda familiar, en la propia escritura de adquisición puede hacerse mención al carácter familiar, así como también en una escritura de capitulaciones matrimoniales de manera que tal mención conste en el Registro de la Propiedad. Sólo la afectación expresa realizada en título inscribible podría acceder al Registro de la Propiedad¹²⁵. En la mayoría de las ocasiones la afectación es tácita a través de la residencia efectiva de los cónyuges en el inmueble y, por lo tanto, de imposible acceso registral por la dificultad de su constatación por el Registrador¹²⁶, lo cual priva de garantías la protección brindada por el art. 1320 CC.

Con todo, la constancia registral del acto de afectación¹²⁷ de un bien priva-

124. En este sentido, ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, cit. pg. 69.

125. GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pg. 78. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1980, pg. 169. ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 59.

126. GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, *La relevancia registral...*, cit., pg. 132.

127. Sobre la naturaleza del acto de destinación de un inmueble a vivienda familiar, cfr. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, cit., pgs. 59 y ss. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pgs. 189 y ss. Mayoritariamente se entiende que el acto de destino de un bien privativo

tivo de un cónyuge a vivienda familiar es poco efectivo si la simple manifestación del disponente, a los efectos de lo dispuesto en el art. 91 RH es suficiente para «desfamiliarizar» un inmueble afectando ese hecho a la facultad de disposición del mismo. Si la vivienda familiar es la sede física del domicilio conyugal cuya fijación requiere el mutuo acuerdo de las partes (art. 70 CC), también debe ser necesaria tal voluntad concorde para la *desfamiliarización*¹²⁸. Existe aquí una disfunción entre el régimen del Código Civil y el Reglamento hipotecario. No basta reconocer un derecho al cónyuge no titular, sino que es necesario *asegurar*lo¹²⁹.

La presunción del carácter familiar de la vivienda veladamente contenida en tal precepto reglamentario que complementa la protección brindada en el art. 1320 CC, resulta desvirtuada por la facilidad de desafectación unilateral por parte del cónyuge titular. Quizá el fallo no resida tanto en que la legislación hipotecaria no prevea ningún mecanismo que posibilite la inscripción del carácter familiar de la vivienda, sino en el hecho de que la actuación unilateral del titular pueda alterar la sede física del domicilio conyugal, perjudicando los derechos de su consorte al facilitar la presencia de terceros adquirentes de buena fe.

a subvenir las necesidades familiares no tiene la consideración de negocio jurídico, adscribiéndose a la categoría de los actos jurídicos en sentido estricto carentes de voluntad negocial, adscritos a la categoría de actos reales, materiales o de simple hecho (GARCÍA CANTERO, *Configuración...*, cit., pg. 79).

Por ello considero que es preciso objetivar el concepto de vivienda familiar de manera que para la prueba de su existencia baste acreditar que constituye el domicilio de los cónyuges. En este sentido, MARTÍN MARTÍN, «Comentario del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», *La Reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 1998, pg. 212, para quien será precisa la notificación al cónyuge no titular, «cuando el titular registral aparezca domiciliado en la misma vivienda según el último asiento practicado en que dicho domicilio aparezca siempre que, además conste hallarse casado».

128. Así lo entiende LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pg. 290, para quien «para que cese de existir la vivienda familiar no basta la separación de mutuo acuerdo: mucho menos la expulsión de un cónyuge. El acuerdo –entre cónyuges que se separan– debe recaer, para ello, precisamente sobre la "desfamiliarización"». YÁÑEZ VIVERO, *El embargo de la vivienda...*, cit., pg. 23. LLOPIS GINER, «La vivienda familiar y su protección registral», en *Estudios de Derecho inmobiliario registral en homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, coordinado por CLEMENTE MEORO, M., Valencia, 2002, pg. 360. GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pg. 78.

129. Ya el Consejo de Europa advirtió de la necesidad de que el cónyuge no propietario tuviera la posibilidad de hacer constar registralmente el hecho de que ocupa la vivienda familiar, y de configurar así una situación jurídica oponible a terceros (Resolución [78] 37 del Comité de Ministros sobre igualdad de los esposos en Derecho Civil de 27 de septiembre de 1978 y la Recomendación [81] 15 de 16 de octubre de 1981). Cfr. CORRIENTE CÓRDOBA, «Hogar familiar y derecho europeo», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, pgs. 333 y ss. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pgs. 60 y ss.

En definitiva, el diseño de la protección de la vivienda familiar como una limitación a la facultad de disposición del cónyuge titular, plantea las citadas dificultades en cuanto a su acceso al Registro. Más sencillo y efectivo resultaría conceder al cónyuge no titular en situación de normalidad matrimonial un derecho de ocupación inscribible al estilo del diseñado en el Derecho inglés siguiendo así las recomendaciones del Consejo de Europa¹³⁰. Si el cónyuge divorciado tiene un derecho de uso inscribible ¿por qué no diseñarlo para los cónyuges que se llevan bien¹³¹?

Pero es que, además, la presunción del carácter familiar de la vivienda, solapada en el art. 91.1 RH, se contradice con la nueva redacción que ha recibido el art. 144 RH tras la reforma operada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, referido al embargo de vivienda habitual. En la antigua redacción del art. 144 RH, disponía que: «*cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge titular*». El precepto era coherente con la presunción citada. Se presume el carácter de vivienda familiar con el deber de notificación al cónyuge no titular, salvo que se demuestre que no se trata de vivienda familiar.

Sin embargo, con la reforma operada, el vigente art. 144.5 RH dispone que «*cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene tal carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado*».

Como se puede apreciar, se parte de un principio contrario al establecido en el art. 91.1 RH, en la medida en que la nueva redacción no presume el carácter familiar de la vivienda, sino todo lo contrario: se presume que el inmueble privativo del deudor no es vivienda familiar y el cónyuge no titular tiene la

130. Resolución (78) 37 del Comité de Ministros sobre igualdad de los esposos en Derecho Civil de 27 de septiembre de 1978 y la Recomendación (81) 15 de 16 de octubre de 1981. Dentro de las medidas sugeridas por dicha recomendación se encuentra precisamente la de proteger los derechos del cónyuge no titular a través de la constitución de un «derecho de ocupación» por un determinado plazo o en las condiciones que determine el Juez. Cfr. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 62.

131. Propugna esta solución ALGARRA PRATS, «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo (RTC 2002, 106))», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pg. 26; GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, *La relevancia registral...*, cit., pg. 136 y propone como solución para proteger los derechos del cónyuge no titular la constitución de un derecho de habitación (*op. cit.*, pg. 144).

carga de la prueba de que sí lo es¹³². Si tenemos en cuenta que no hay mecanismo registral para hacer constar tal condición en situación de normalidad matrimonial, la situación del cónyuge no titular es peor, ya que al no constar el carácter familiar de la vivienda, salvo que sí conste en el mandamiento judicial, el cónyuge no titular no va a ser notificado y se anotará el embargo sobre la vivienda familiar.

Dadas las dificultades de hacer constar en el Registro el carácter familiar de la vivienda en situaciones de normalidad matrimonial ¿cómo puede el art. 144 RH supeditar a esta circunstancia ni más ni menos que la notificación del embargo de un bien perteneciente a persona casada, por muy privativo que sea? El legislador ha apostado por la seguridad del tráfico jurídico mejorando la posición de los acreedores, en detrimento de la posición del cónyuge no titular. La falta de constancia del carácter «familiar» de la vivienda puede provocar la indefensión del cónyuge no titular; pero el legislador parece haber pensado que, si esto sucede, en ningún caso debe ser imputada al acreedor del titular¹³³. Mientras que en otros ordenamientos, como se verá seguidamente, se llega incluso a la inembargabilidad de la vivienda familiar para proteger los intereses de la familia o, como sucede en el derecho francés, admitir la posibilidad de que un empresario pueda salvaguardar su vivienda familiar de la agresión de los derechos de los acreedores por incumplimiento de obligaciones derivadas de su actividad profesional¹³⁴, en España no sólo es posible la embargabilidad de la vivienda familiar, sino que incluso se facilita el que se lleve a cabo «a espaldas» del otro cónyuge¹³⁵.

132. YÁÑEZ VIVERO, «El embargo de la vivienda familiar y su anotación: Reforma del Reglamento Hipotecario y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Consultor Inmobiliario*, 2002, núm. 26, pg. 22. Va más allá MORALEJO IMBERNÓN, *El embargo de bienes gananciales...*, cit., pg. 28, cuando considera que el principal objetivo que se ha perseguido con la reforma es descartar explícitamente la existencia de una presunción favorable al carácter de vivienda familiar de los inmuebles que figuran en el Registro a nombre de personas casadas.

133. ESPIAU ESPIAU, S., «La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho Civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)», *La Notaría*, núm. 4/2001, pg. 18.

134. La Ley de 1 de agosto de 2003 (núm. 2003-721) denominada «Loi Dutreil», modificó el artículo 526 del Código de Comercio francés permitiendo que el empresario individual salvaguardara la vivienda familiar de la agresión de los acreedores, mediante una declaración realizada ante notario. VAREILLE, «Protection du logement de la famille», en *Droit patrimonial de la famille*, coordinado por M. GRIMALDI, París, 2008.

135. Por el contrario, para YÁÑEZ VIVERO, *El embargo de la vivienda familiar...*, cit., pg. 22, la reforma merece un juicio positivo beneficiando al acreedor: «parece lógico que así sea habida cuenta que si bien el interés que tiene el cónyuge no titular sobre la vivienda embargada es susceptible de tutela, cuando su derecho de uso no consta inscrito antes del embargo de la misma, el embargo (como facultad del derecho de crédito) constituye salvo prueba en contrario, un interés preferente de tutela». A mi juicio, la lógica falta cuando el cónyuge en situación de normalidad no puede hacer constar ningún

Ciertamente, la posición del cónyuge no titular es distinta en el ámbito del art. 91.1 RH (control frente a disposición voluntaria del bien por su consorte emanada del art. 1320 CC) que en el art. 144.5 RH referido a la vivienda familiar en un proceso de ejecución como consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), terreno en el que no opera el art. 1320. De ahí que no pueda considerarse la norma contenida en el art. 144.5 RH como un desarrollo normativo del art. 1320 CC (en este sentido RDGRN de 23 de febrero de 2000 [RJ 2000, 1083]). Como se tratará posteriormente¹³⁶ el cónyuge no titular no tiene que prestar consentimiento alguno a la enajenación forzosa, aunque se trate de vivienda familiar. Cosa distinta es que, dada la naturaleza del bien afectado, lugar en el que se desarrolla la vida familiar, el legislador haya estimado conveniente la notificación al cónyuge no titular, en la medida en que aun no siendo propietario de la vivienda, lógicamente puede verse afectado por la ejecución y se le da así la posibilidad de obtener el alzamiento de la traba pagando el crédito del actor, por más que no pueda impugnar la enajenación consumada sin su conocimiento.

Esta tutela que pretende brindarse al cónyuge no titular por razón de la naturaleza del bien afectado descansa sobre la constancia del carácter familiar de la vivienda en el Registro que, como he dicho, se dificulta en los casos de normalidad matrimonial. En el art. 91.1 RH se presume este carácter familiar y en el art. 144.5 RH, se mantiene el criterio contrario. Dada la distinta situación en la que se encuentra el cónyuge en situación de crisis y de normalidad matrimonial, la disfunción está servida, ya que los supuestos en los que usualmente sí consta el carácter familiar de la vivienda son aquellos en los que, dada una situación de crisis matrimonial, aparezca inscrito el derecho de uso a favor del cónyuge no titular. Por ello, el cónyuge será siempre notificado del embargo, el cual, incluso podrá alegar su derecho si es posterior a la inscripción del derecho de uso.

Sin embargo, por lo dicho, el cónyuge no titular que está en situación de normalidad matrimonial, puede verse más fácilmente sorprendido por un embargo, ni más ni menos, que de la vivienda familiar, si no aparece el carácter familiar de la vivienda en el Registro (que será lo normal dado que los cónyuges han realizado una afectación tácita residiendo habitualmente en el mismo) y si en el mandamiento de embargo tampoco consta. En ese caso, el embargo se anotará y seguirá adelante el proceso de ejecución, sin que el cónyuge del

«derecho de uso» en el Registro de la Propiedad, ni antes ni después del embargo. Sí lo tiene, en cambio, el cónyuge divorciado que, de nuevo, está más protegido. Quizá pues la crítica no se encuentre en el art. 144.5 RH, sino en la diferente posición jurídica que tiene el cónyuge en situación de normalidad y de crisis matrimonial.

136. *Vid.* apartado V del presente capítulo.

titular sea siquiera notificado¹³⁷. Como se señala en la RDGRN de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1083) «el Registrador no puede revisar las decisiones judiciales cuando no hay obstáculos derivados del Registro que impongan el control del cumplimiento de los requisitos de procedimiento establecidos en garantía de los derechos inscritos (cfr. artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento), habrá de considerarse que es el órgano jurisdiccional el que debe decidir, en función de las circunstancias puestas de manifiesto en el procedimiento, si procede acceder al embargo de una vivienda y si ha de hacerse con o sin notificación al cónyuge del deudor titular, de modo que ordenado en el mandamiento subsiguiente la práctica de la anotación de aquél, no debe el Registrador revisar la bondad intrínseca de aquella decisión judicial, sino que deberá estar y pasar por ella, salvo que de los libros a su cargo resulte que el bien embargado es la vivienda habitual del deudor, en cuyo caso podrá y deberá suspender el asiento en tanto se le acredite debidamente que de los autos resulta de modo indubitado lo contrario, o que se ha practicado la notificación del embargo». En el mismo sentido, Resolución de la DGRN de 9 marzo 2000 (RJ 2000, 1100).

Por lo tanto, si el carácter familiar de la vivienda no consta en el Registro, el Registrador nada puede hacer para evitar la anotación de embargo. Ciertamente, como he dicho, la embargabilidad no la puede evitar el cónyuge no titular a pesar de la notificación, pero sí podría adoptar medidas, como el pago de la deuda de su cónyuge, deuda que en la práctica, el cónyuge no titular usualmente desconoce su existencia. Así mismo, tal notificación pone en alerta al cónyuge sobre la eventual pérdida del hogar familiar, y acaso sobre la posible existencia de un acuerdo fraudulento entre el cónyuge deudor y un simulado acreedor¹³⁸.

Por otro lado, el art. 144.5 RH presenta más problemas, ya que la notificación al cónyuge no titular no es necesaria cuando, constando el carácter familiar de la vivienda en el Registro, «del mandamiento resulte que la vivienda no tiene tal carácter». Cabe preguntarse cómo puede la autoridad judicial verificar que tal inmueble no tiene naturaleza familiar¹³⁹. ¿Basta también la

137. Para salvar esta disfunción apunta ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte ex cónyuge o conviviente *more uxorio* del ejecutado», *La Ley*, núm. 6573, 19 de octubre de 2006, pg. 3, que el cónyuge podría ser notificado con base en lo dispuesto en el art. 661 LECiv referido a la necesidad de comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho. Tal situación posesoria debe constar en el anuncio de la subasta. Ciertamente el cónyuge en situación de normalidad matrimonial carece de un «derecho de ocupación» sobre el inmueble, pero lo cierto es que si la finalidad norma es anunciar la ejecución a ocupantes (arrendatarios o prearistas), tal condición puede ser extensiva al cónyuge e hijos del ejecutado.

138. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 452.

139. Contrariamente, a mi juicio con el tenor literal de la norma, entiende ELORRIAGA DE

mera declaración del disponente para contradecir lo dispuesto en el Registro? Si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 91.1 RH, la respuesta sería afirmativa, lo cual constituye como ya he dicho, un auténtico contrasentido si la afectación de un inmueble a vivienda familiar requiere el consentimiento de los dos cónyuges.

Inversamente, cabe preguntarse lo que acontece cuando en el Registro no conste el carácter de vivienda familiar y sí en el mandamiento judicial. Del tenor literal de la norma parece deducirse que la necesidad de notificación al cónyuge no titular sólo puede tener lugar cuando conste en el Registro que se trata de vivienda habitual. Entiendo que a pesar de ello, si del mandamiento resulta que la vivienda es familiar, la notificación al cónyuge no titular, deberá realizarse¹⁴⁰. El problema es si la Comisión Judicial entrará a averiguar si la vivienda es familiar cuando tal carácter no consta en el Registro de la Propiedad. En definitiva, al final la falta de constancia de este dato se erige en obstáculo básico para la protección del cónyuge no titular.

5. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TERCERO DE BUENA FE

Una vez analizado la naturaleza del consentimiento del cónyuge no titular, así como las previsiones de la legislación hipotecaria en torno a la constancia registral del carácter familiar de la vivienda, queda por abordar una de las cuestiones más problemáticas que suscita el art. 1320 CC, que es la tutela de los terceros de buena fe. El sistema, como veremos, no puede ser más lamentable y no tanto por la redacción de la norma (que también), sino por la propia noción de vivienda familiar, la falta de un adecuado apoyo registral y, sobre todo, por la opción que ha escogido el legislador para proteger al cónyuge no titular en situación de normalidad matrimonial concediéndole una mera potestad de control y no un derecho de ocupación oponible *erga omnes*.

El problema a resolver es el que se produce cuando el cónyuge titular exclusivo¹⁴¹ dispone de la vivienda sin el consentimiento de su consorte. La po-

BONIS, *op. cit.*, pg. 452, que «si el carácter de la vivienda familiar emana del Registro, en alguno de los casos excepcionales ya anotados, parece evidente que en el mandamiento no podría dejarse una constancia contraria, y éste debería ser necesariamente notificado al cónyuge no deudor». A mi juicio, del precepto se deduce que el juez puede enervar en el mandamiento judicial el carácter familiar de la vivienda publicado por el Registro, constituyendo esta circunstancia una excepción a la necesidad de notificar al cónyuge no titular. En este sentido, YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pg. 23. ALGARRA PRATS, *op. cit.*, pg. 30. En contra, ACHÓN BRUÑEN, *La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges*, UNED, Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 28, 2006, pg. 44.

140. En este sentido YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pg. 24.

141. Cuando la vivienda es copropiedad de ambos cónyuges, ya sea con carácter ganancial

sición de éste es clara: el acto es anulable con base en el art. 1322 CC, ya se trate de acto oneroso o gratuito (la nulidad prevista en art. 1322 CC para actos gratuitos sólo afecta a disposición sobre bienes comunes) pudiendo ejercitar la acción durante cuatro años contados desde el día de la disolución de gananciales (en su caso) o del matrimonio, salvo que antes se hubiese tenido conocimiento del acto o contrato, en cuyo caso el plazo empezará a contar desde esta fecha (art. 1301 CC).

Cuestión distinta es la posición de los «terceros» que adquieren la vivienda familiar con desconocimiento de tal carácter, ya que de no existir una norma al respecto, carecerían de toda protección y verían caer la adquisición. El legislador ha tenido que optar por proteger a la familia sin comprometer severamente la seguridad del tráfico jurídico. Con este objetivo, dispone el párrafo segundo del art. 1320 CC que «*la manifestación errónea del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*». Obsérvese que la protección de los terceros de buena fe sólo se refiere a la vivienda y no a los muebles de uso ordinario, los cuales parece que seguirán el régimen general del art. 464 CC¹⁴².

De no existir una norma específica para la protección del adquirente, habría que resolver el problema con arreglo a los principios generales. Al tratarse de una restricción al poder de disposición de la vivienda que, incorrectamente a mi juicio, el Código Civil sanciona permitiendo la anulabilidad del contrato, el adquirente que lo hace *a domino*, vería caer su adquisición por una irregularidad del contrato, careciendo de la condición de tercero del art. 34 LH, por resultar aplicable el art. 33 LH. Si a ello unimos las dificultades de hacer constar el carácter familiar de la vivienda en el Registro de la propiedad, haciéndose depender de manifestaciones del disponente (art. 91.1 RH), nos encontramos con que, con arreglo a los principios generales, el adquirente no puede tener una información fiable acerca del carácter familiar de la vivienda (aun siendo diligente al acudir al Registro de la Propiedad) y, al mismo tiempo, no es tercero protegido por haber contratado por virtud de un contrato que puede ser anulado. Por ello, el «tercero» a que alude el art. 1320.2 CC no es genuinamente «tercero» porque es un parte en el contrato ineficaz. Cosa distinta es que el adquirente de la vivienda enajenare a otro, que sí sería tercero respecto del contrato (subadquirente)¹⁴³ que se impugna por el cónyuge

o en régimen de comunidad ordinaria, el problema se torna distinto, en cuanto que lo que se está produciendo es una venta de cosa ajena y ahí sí será necesario que el tercero para ser protegido reúna los requisitos del art. 34 LH.

142. GORDILLO CAÑAS, «La protección...», pg. 1138. LACRUZ BERDEJO, «Elementos...», cit., pg. 293.

143. Para DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pg. 135, como no hay razón para que, en un conflicto de intereses, predominen los derechos de un adquirente frente a la protección del hogar

no titular y al que le resultarán de aplicación –a él sí– las normas registrales de adquisición *a non domino* (art. 34 LH).

Por lo tanto, el régimen de la vivienda familiar presenta especialidades cuando existe normalidad matrimonial que impiden el juego normal de los principios generales de la protección de los terceros de buena fe en el marco del derecho registral. De ahí, que el tercero de buena fe al que se refiere el art. 1320.2 CC no puede ser un tercero del art. 34 LH¹⁴⁴, pues de lo contrario, el precepto sería inútil¹⁴⁵. La tutela que se dispensa en el art. 1320.2 CC opera al margen del Registro de la propiedad y del carácter oneroso o gratuito de la adquisición por parte del tercero. Cosa distinta es que el adquirente genere una adquisición inatacable a favor de un subadquirente de buena que sí deberá ampararse en el art. 34 LH si se anula o resuelve el derecho de su transmitente por consecuencia del ejercicio de la acción de nulidad derivada del art. 1320 CC.

El sistema instaurado no puede ser más lamentable, en la medida que se arbitra un mecanismo protector de fácil vulneración en tanto que se hace depender –insisto– de una manifestación del disponente (arts. 1320.2 CC y 91.1 RH).

La buena fe del adquirente (art. 433 CC) no puede hacerse reposar en la mecánica registral dada la habitual falta de constancia registral del carácter familiar de la vivienda (presunta en el art. 91.1 y contradicha en el art. 144 RH). No basta para que el tercero tenga buena fe el que ignore el carácter familiar de la vivienda, sino que, además, debe haber confiado en la manifestación errónea del disponente sobre el carácter de la vivienda. El reconocimiento de la apariencia creada por la manifestación del disponente encuentra sentido en

familiar, no hay más remedio que entender que, cuando aquí se habla de adquirente, el legislador ha querido decir tercer adquirente, pues, la norma, en caso contrario, carece de todo *fundamento objetivo*. Con lo que, el párrafo segundo del art. 1320, «es una norma superflua y que se podía, muy bien, haber suprimido». Efectivamente, si el tercero a que se refiere el art. 1320.2 es un «subadquirente», la norma es superflua pues ya lo protegen las normas generales del sistema. Sin embargo, la intención del legislador parece que fue la de brindar protección al adquirente y de ahí la especificidad de la norma.

144. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 diciembre de 1992 (RJ 1992, 10136). RDGRN de 6 marzo 2004 (RJ 2004, 2474). Sentencia del Tribunal Supremo de 5 octubre 2005 (RJ 2005, 6915) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., pg. 292. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 400; ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 125. SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Cizur Menor, 2001, pg. 36. Cfr. sentencia de la AP de Murcia de 20 de julio de 2001 (JUR 2001, 309839) equipara el tercero del art. 1320 al tercero hipotecario del art. 34 LH.

145. HERRERO GARCÍA, «Comentario al art. 1320 CC», cit., pg. 591.

el ámbito del art. 1320 CC porque se ha estimado la dificultad de medios con los que cuenta el adquirente para conocer el destino familiar de la vivienda¹⁴⁶.

No parece que baste tal manifestación errónea del disponente, sino que además, el adquirente debía ignorar el carácter familiar de la vivienda. Hay buena fe cuando se despliega una diligencia suficiente, la cual puede consistir tanto en el previo examen de la cosa como en la obtención de la manifestación del transferente relativa al carácter no habitual de la familia. Tan de buena fe es el *accipiens* que se cerciora mediante visita de la vivienda que va a adquirir no es la familiar, como el que obliga a su transmitente a que le realice igual declaración negativa¹⁴⁷. Y es que, efectivamente, no cabe olvidar que estamos refiriéndonos a la vivienda habitual que exige conceptualmente utilización efectiva por los miembros de la familia y que la posesión es también forma de publicidad y, por tanto, pueda considerarse de mala fe aquel que aun ignorando el carácter familiar de la vivienda, pudo conocer tal realidad a través de la publicidad posesoria¹⁴⁸. En este sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 11 diciembre de 1992 (RJ 1992, 10136), que descarta la buena fe cuando por circunstancias de hecho quedó acreditado que el tercero conocía el carácter familiar de la vivienda. Por lo tanto, aunque exista esa manifestación errónea, si cabe demostrar el conocimiento efectivo por parte del adquirente, del carácter familiar de la vivienda, el tercero no puede ser considerado de buena fe¹⁴⁹.

Sin embargo, no han faltado autores que consideran que basta la manifestación errónea del disponente para que resulte protegido el adquirente¹⁵⁰, siendo tal manifestación la causante de la buena fe del *accipiens*, postura que no

146. HERRERO GARCÍA, «Configuración...», cit., pg. 326.

147. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pg. 1619.

148. *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5303) sobre la publicidad de la posesión como fuente de mala fe. Por el contrario, SALAZAR BORT, S., «La atribución del uso...», cit., pg. 42, considera que no cabe exigir al adquirente la comprobación fáctica del carácter de la vivienda. A mi juicio, la comprobación del estado posesorio es relevante y forma parte de la diligencia mínima exigible a todo adquirente, y creo que es un principio que cabe deducir del sistema. Buena prueba de ello es la no inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de las servidumbres aparentes.

149. ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 176. En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10430).

150. BELDA SANZ, M. «Notas para el estudio del art. 1320 del Código Civil», *RDP*, pg. 347; LARRONDO LIZARRAGA, «El ejercicio de actos dispositivos sobre la vivienda familiar en el nuevo Codi de Família», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, agosto-octubre 1999, pg. 285. ÁVILA ÁLVAREZ, P., «El régimen económico matrimonial en la Reforma del Código Civil», *RCDI*, 1981, pg. 1380; MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, Madrid, 1981, pg. 168: «ese error o falsedad serán justamente las causas generadoras de la buena fe del tercero, ya que ante otra situación sería cómplice».

comparto pues dejaría absolutamente vacía de contenido la protección del art. 1320.1 CC. ¿Qué sentido tiene esta restricción a la facultad de disposición, si basta un engaño inducido sobre este particular para generar una adquisición inatacable a favor de un tercero? Es preciso, según un criterio de interpretación teleológico, que el adquirente haya observado una mínima diligencia para comprobar al menos el estado posesorio del inmueble. La manifestación errónea del disponente es, a mi juicio, un requisito *adicional* para la protección del tercero¹⁵¹, añadido a su buena fe. Al adquirente de buena fe no le afectará el que el disponente le comunique que la vivienda no es familiar y resulte luego serlo¹⁵². Lo que no me parece admisible es que constanding tal manifestación errónea del disponente, no haya opción de probar la mala fe del tercero, demostrando que conocía el carácter de la vivienda. De hecho, la buena fe del tercero debe prolongarse hasta el momento de la adquisición efectiva del derecho real sobre el inmueble¹⁵³.

En cuanto a lo que deba entenderse por «manifestación errónea o falsa del disponente», cabe decir que éste debe haber inducido a error al *accipiens* sobre el carácter familiar de la vivienda¹⁵⁴. No se trata de que el propio disponente se equivoque sobre el carácter familiar de la vivienda lo cual ciertamente es poco probable. No creo que con la mención «manifestación falsa» se haya querido referir a otra realidad distinta de la que inspira la norma: el disponente declara que la vivienda no tiene carácter familiar e induce a error al adquirente¹⁵⁵.

Pero no basta esta manifestación errónea¹⁵⁶, sino que insisto, es preciso que

151. El hecho de que se exija este requisito adicional plantea problemas sobre todo cuando la transmisión no se lleva a cabo en escritura pública, pues en este último caso, el notario hará la advertencia oportuna acerca del carácter familiar de la vivienda. En los casos en los que se inscriba el acto de disposición tampoco habrá problema, dado lo dispuesto en el art. 91.1 RH. Pero si la venta se hace en documento privado, el adquirente no tiene por qué conocer las especialidades que plantea la vivienda familiar y puede no preguntar acerca de este extremo y parece cuando menos exagerado que se le prive de protección por este solo dato. De ahí algún autor estime que la ausencia de manifestación ha de asimilarse a manifestación errónea. En este sentido, GÓMEZ LAFUENTE, *op. cit.*, pg. 39. Sin embargo, el tenor del precepto es claro en este punto: es preciso una manifestación del disponente respecto al carácter de la vivienda. En este sentido, DE LA CUESTA SÁENZ, «La protección de la vivienda familiar en los derechos francés y español», *Estudio de Derecho Comparado, RDN*, 1983, pg. 132.

152. MURCIA QUINTANA, *op. cit.*, pg. 357.

153. GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe...», cit., pg. 1138.

154. HERRERO GARCÍA, «Configuración...», cit., pg. 311; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección...», cit., pg. 1455.

155. Sobre el origen de esta expresión, cfr. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 404.

156. Sobre concepto de manifestación errónea del disponente la RDGRN de 10 noviembre 1987 (RJ 1987, 8733): «No basta para entender realizada tal manifestación el dato de que el domicilio del disponente que consta en la escritura no coincida con el inmueble de que se dispone puesto que el domicilio de un cónyuge, puede ser compatible

además, el tercero efectivamente ignore el carácter familiar de la vivienda¹⁵⁷. Al margen de tal manifestación pueden existir datos que pongan de relieve que el adquirente conocía o debía conocer el carácter familiar de la vivienda. Este aspecto es aclarado en el art. 231-9.3 CCCat: «*El acto mantiene la eficacia si el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso y, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tiene la condición de vivienda familiar, aunque sea una manifestación inexacta. No existe buena fe si el adquirente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda. En cualquier caso, el cónyuge que ha dispuesto de ella responde de los perjuicios que haya causado, de acuerdo con la legislación aplicable*». Buena fe, pues, y, además, manifestación errónea por parte del disponente¹⁵⁸.

Por último, un aspecto que no queda resuelto por el tenor literal del art. 1320.2 CC es si el adquirente protegido debe haber adquirido a título oneroso. Las normas de adquisición *a non domino* (arts. 34 LH y 464 CC) exigen el carácter oneroso y que en este supuesto de vivienda privativa del cónyuge disponente no se genera una adquisición *a non domino*. Ya se ha señalado que el tercero protegido en el art. 1320 CC no tiene que reunir los requisitos del art. 34 LH. Es claro que el art. 1320 no limita la protección al adquirente a título oneroso, por lo que según el tenor literal de la norma, el adquirente a título gratuito de buena fe podría privar del uso de la vivienda a la familia¹⁵⁹. Sin embargo, a mi juicio, siguiendo un criterio de interpretación teleológico, atendiendo a la finalidad de la norma, la salvaguarda del alojamiento de la familia cede ante la seguridad del tráfico y la protección de los terceros que sufren una pérdida

con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble. Ni tampoco basta el que en una de las cláusulas de la escritura se exprese que los comuneros venden la finca "libre de cargas, gravámenes y arrendamiento" pues en esta fórmula de estilo no se contiene evidentemente la especial manifestación exigida por el Reglamento Hipotecario, de que el inmueble no constituye la vivienda habitual de la familia del disponente (lo cual, en sí, técnicamente puede no ser carga o gravamen ni arrendamiento)».

157. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia*, Madrid, 2006, pg. 150. GIMÉNEZ DUART, «El artículo 1320 CC ¿es aplicable a Cataluña?», *RJC*, 1982, pg. 197; GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe en las recientes reformas del Derecho de familia», *ADC*, 1982, pg. 1136. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Notas sobre la vivienda habitual de la familia», cit., pg. 1619. ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 176. DÍEZ-PICAZO, «Comentarios...», cit., pg. 1506. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 408. MURCIA QUINTANA, *op. cit.*, pg. 357.

158. Si para que el tercero resulte protegido es necesaria su buena fe y la manifestación errónea del disponente, el tema puede complicarse cuando ni siquiera el adquirente sepa que el disponente está casado y en el Registro de la Propiedad aparezca la propiedad como privativa y el titular haya contraído matrimonio con posterioridad.

159. Así lo entienden RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pg. 1.620 y ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 402, para quien la buena fe puede también concurrir en un adquirente a título gratuito.

como consecuencia del juego de la norma. Tal protección no encuentra justificación cuando tal pérdida no se ha producido¹⁶⁰.

En cuanto a los efectos del art. 1320 CC, caso de que el tercero carezca de buena fe, en principio, el cónyuge titular podrá impugnar el acto de disposición realizado por su consorte, con los efectos restitutorios propios consecuencia del ejercicio de la acción de nulidad (art. 1303 CC), si bien teniendo en cuenta que el cónyuge que ejercita la acción no fue parte en el contrato, por lo que la restitución, si ya se produjo la entrega de la cosa, deberá realizarse al disponente. Sin embargo, no cabe olvidar que cuando el cónyuge disponente es propietario exclusivo, tal nulidad no puede extenderse más allá del interés protegido, y por tanto, el adquirente podría optar por conservar el negocio en lo que no choque con el interés familiar, esto es, el devenir dueño del piso una vez que éste pierda su carácter «familiar»¹⁶¹.

Si el tercero es de buena fe, prevalecerán los efectos de la disposición realizada por el cónyuge no titular, pudiendo la buena fe del tercero bloquear la acción de nulidad que pretenda ejercitar el cónyuge no titular. En definitiva, la familia deberá abandonar el que hasta la fecha era el domicilio conyugal que, a pesar de lo dispuesto en el art. 70 CC, cambia sin el consentimiento de ambos cónyuges. Y lo hace con una sencillez alarmante.

6. LA VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA

La finalidad de alojamiento que cumple la vivienda familiar puede ser satisfecha a través de un contrato de arrendamiento, sin que ninguno de los cónyuges sea propietario del inmueble. Es posible que el contrato de arrendamiento se haya celebrado por los dos cónyuges o sólo por uno de ellos. La facultad de desistir del contrato en los supuestos legales, la no renovación del mismo, es obvio que son cuestiones extraordinariamente relevantes para ambos cónyuges, al margen de cuál de ellos tenga jurídicamente la condición de arrendatario.

Dada la descripción del ámbito objetivo del art. 1320 CC y de los actos de disposición afectados, la acepción amplia del concepto permitiría acoger en su seno las decisiones en torno a la duración y renovación del contrato de arrendamiento, de manera que no pudieran ser adoptadas por el cónyuge arrendatario sin el consentimiento de su consorte¹⁶².

160. En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., pg. 293. GIMÉNEZ DUART, «El artículo 1320 del Código Civil ¿es aplicable en Cataluña?», *RJC*, 1982, pg. 198.

161. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 292.

162. Que el arrendamiento entra en el supuesto de hecho de la norma del art. 1320 CC es

Con todo, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, aborda en su art. 12, una normativa específica que contempla el supuesto del arrendatario casado o que convive maritalmente con otra persona.

1. Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge.

2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto. Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada.

3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario.

Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

Aun cuando la problemática suscitada en torno al contrato de arrendamiento de vivienda familiar pudiera ser resuelta con base en lo dispuesto en el art. 1320 CC, el art. 12 LAU constituye *lex specialis* y por tanto, será de aplicación preferente en la resolución de los conflictos que genera la vivienda familiar arrendada¹⁶³. Cosa distinta es que supuestos no previstos por la LAU puedan resolverse con arreglo a lo dispuesto en el art. 1320 CC que no perdería vigencia en este terreno¹⁶⁴.

Los casos que abarca el art. 12 LAU son tres: la no renovación del contrato en los supuestos en los que tiene derecho legal a hacerlo (prórrogas de los arts. 9 y 10 LAU), derecho de desistimiento (art. 11 LAU) y el abandono de la vivienda por parte del arrendatario sin manifestación expresa sobre su voluntad de no renovación o desistimiento. La cesión a tercero del derecho

ampliamente admitido por la doctrina. En este sentido, MURCIA QUINTANA, *op. cit.*, pg. 158, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y Crisis Conyugal del Inquilino tras la nueva LAU», *Aranzadi Civil*, vol. III (Estudio), BIB 1998, 1193, pg. 7.

163. ROCA GUILLAMÓN, J., «Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994 de 24 de noviembre», coordinado por LASARTE ÁLVAREZ, C., Madrid, 1996, pg. 276.

164. MURCIA QUINTANA, *op. cit.*, pg. 159. FÍNEZ, J. M., «Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos», dirigidos por PANTALEÓN PRIETO, F., Madrid, 1995, pg. 174.

arrendaticio o la resolución del contrato a instancias del arrendatario entrarán en el ámbito del art. 1320 CC¹⁶⁵.

La LAU parece tomar partido en esta sede sobre una cuestión que ha suscitado una extraordinaria polémica, cual es la naturaleza del derecho arrendaticio cuando se concierta por uno de los cónyuges casados en régimen de gananciales¹⁶⁶. La LAU parte de la base de que arrendatario es el cónyuge que celebra el contrato y por ello prevé de manera expresa la subrogación del otro cónyuge en el mismo en los casos en los que el desistimiento, no renovación o abandono, por parte del cónyuge no titular.

El mecanismo protector diseñado en el art. 12 LAU es bien distinto del que resultaría de aplicar el art. 1320 CC. A tenor de lo dispuesto en este último precepto, esos actos dispositivos (desistimiento, no renovación) no podrían llevarse a cabo sin el consentimiento del otro cónyuge, de manera que si así hubiera sucedido, serían ineficaces y continuaría la vigencia del contrato para el cónyuge arrendatario¹⁶⁷. Sin embargo, la opción legal de la LAU es otorgar eficacia a tales actos de disposición por parte del cónyuge arrendatario a pesar de haberse realizado sin el consentimiento de su consorte, liberando al cónyuge arrendatario de su vinculación contractual, permitiendo al otro cónyuge subrogarse en el contrato. Ello no supone un beneficio necesariamente para el cónyuge no arrendatario, pues debe asumir la condición de parte en el contrato y, por tanto, de deudor de la renta, liberándose el otro cónyuge del mismo sin contar con él. De repente, puede un cónyuge verse en la tesitura de tener que abonar una renta que puede exceder de sus posibilidades, siendo el cónyuge no arrendatario deudor frente al arrendador.

Aunque la norma está prevista en situación de normalidad matrimonial (art. 15 LAU se refiere de manera expresa a las crisis matrimoniales), es obvio que la situación que contempla evidencia una precrisis matrimonial. Y la subrogación *ex lege* que prevé puede ser más perjudicial que beneficiosa en la práctica, pues el cónyuge arrendatario que desiste se desvincula contractualmente y deja de ser responsable del pago de la renta. El contenido del contrato es el mismo para el nuevo arrendatario, no produciéndose novación extintiva. Con la solución aportada por el art. 1320 CC, tal desistimiento no habría sido eficaz y el originario cónyuge arrendatario seguiría vinculado. Por lo

165. CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinados por R. BERCOVITZ, Cizur Menor, 2010 (BIB 2010, 7321), pg. 4. Por el contrario, ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, pg. 278, y QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona 1998, pg. 79, consideran que estos supuestos entrarían en el art. 12 LAU.

166. *Vid.* sentencia del Tribunal Constitucional 135/1986, de 31 de octubre (RTC 1986, 135).

167. SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 12 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por O'CALLAGHAN, X., Madrid, 1995, pg. 133.

tanto, la LAU, lejos de reforzar la protección de la vivienda familiar arrendada, a mi juicio, disminuye su tutela.

Por otro lado, desde el punto de vista del arrendador, hay que tener presente que por obra del art. 12 LAU, se produce una novación subjetiva inconsentida. Si a la hora de decidir acerca de la celebración del contrato, comprobó la solvencia de uno de los cónyuges, producido alguno de los hechos que enumera el precepto, comprobará que *ex lege* se produce la subrogación a favor de un cónyuge que puede ser insolvente. Se dirá que si el cónyuge no paga podrá ser desahuciado, sin duda. Pero a nadie se le oculta los trastornos que ello implica para el arrendador. De ahí que todo arrendador deba examinar la solvencia de ambos cónyuges a la hora de celebrar el contrato. Esto lo podrá realizar el arrendador cuando en el momento de la celebración del mismo, ya exista matrimonio. Pero la situación se complica cuando habiendo arrendado a una persona soltera, posteriormente contrae matrimonio o convive maritalmente con otra persona. Ese dato puede provocar una novación subjetiva del contrato, sin que el arrendador pueda hacer nada al respecto, lo cual me parece un efecto extraordinariamente severo que puede ralentizar el mercado arrendaticio, precisamente a las familias.

Cierto es que el perjuicio para el arrendador es relativo por cuanto podrá decidir la no renovación del contrato, transcurrido el período de cinco años, pero son evidentes las dificultades que durante dicho período se le pueden plantear.

Por ello creo que, dado que el arrendador no ve afectada la duración del contrato por esta circunstancia y sólo puede ver comprometida o en riesgo la posibilidad de cobrar la renta, el hecho de que el cónyuge inicialmente arrendatario pueda desvincularse del contrato dejando de ser deudor de la misma, desprotege al arrendador y al cónyuge que continúa en el contrato de arrendamiento. Mejor hubiera sido mantener el régimen del art. 1320 CC a estos efectos y declarar ineficaz la voluntad de no renovación o el desistimiento si no cuenta con el consentimiento del otro cónyuge¹⁶⁸. La norma contenida en el art. 12 LAU estimula actuaciones de un cónyuge en contra de los intereses de su propia familia.

La cesión *ex lege* del contrato que se produce por el art. 12 LAU, presupone que el cónyuge arrendatario realice alguno de los actos que prevé la norma: desistimiento, no renovación o abandono. Cabe preguntarse lo que acontece si el cónyuge arrendatario quiere ceder voluntariamente el contrato al otro cónyuge. Según la regla general del art. 8 LAU, en tal caso, sería necesario el

168. Así lo entiende CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, cit., pg. 3.

consentimiento del arrendador. Sin embargo, creo que no parece lógica esta solución cuando de tal consentimiento se puede prescindir si se da el supuesto de hecho del art. 15, por lo que la cesión de contrato entre cónyuges o pareja, no precisaría tal consentimiento sin necesidad de que se produzca el abandono, desistimiento o no ejercicio de la facultad de renovación del contrato¹⁶⁹.

Y es que quizá muchos de los problemas que suscita el art. 12 LAU podrían resolverse si en el derecho español existiera un precepto paralelo al art. 1751 del Código Civil francés¹⁷⁰ que establece la cotitularidad de ambos cónyuges del arrendamiento de vivienda familiar al margen de cuál sea el régimen económico matrimonial. Sin embargo, en el derecho español¹⁷¹, el art. 12 LAU parece considerar arrendatario al cónyuge que ha suscrito el contrato de arrendamiento y no se comunica al cónyuge la titularidad del arrendamiento. El arrendamiento será individual o conjunto en función de que se haya suscrito por uno o ambos cónyuges. De ahí la necesidad de una cesión que justifique la permanencia en la vivienda del otro cónyuge.

Sin embargo, se ha mantenido que a pesar del tenor literal del art. 12 LAU que aboga por la individualidad del arrendamiento en función del cónyuge contratante, la integración de dicha norma con las de régimen económico matrimonial podrían justificar que se pueda considerar que todo arriendo que sirve de base a la vivienda familiar realizado constante matrimonio es un arriendo consorcial –si estamos en sociedad de gananciales– o común si estamos en régimen de separación de bienes. El art. 1319 CC legitima indistintamente a uno y otro cónyuge para la atención de las necesidades que el precepto describe, de forma que por «contratante» ha de estimarse no sólo a quien suscribe el contrato sino el círculo de intereses que tal cónyuge representa de los que es

169. FÍNEZ, *op. cit.*, pg. 178; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 15 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, AA VV, dirigidos por GUILARTE GUTIÉRREZ, Valladolid, 1994, pg. 145.

170. «El derecho al arrendamiento del inmueble, sin carácter comercial o profesional, que sirva efectivamente como vivienda de los dos esposos, sea cual sea su régimen matrimonial y no obstante toda convención en contrario, incluso si el contrato se ha concertado antes del matrimonio, se reputa que pertenece a uno y otro de los cónyuges».

171. En la LAU de 1964 no se preveía ninguna especialidad de régimen para el arrendamiento de vivienda familiar, recogándose en el art. 24 la posibilidad de cesión de contrato entre cónyuges, previo consentimiento del arrendador. La norma contenida en el art. 1320 CC introducida en 1981 modificó este estado de cosas, incluyéndose la disposición sobre el contrato de arrendamiento como uno de los supuestos en los que era necesario el consentimiento del otro cónyuge. El problema se complica con la atribución del uso de la vivienda tras los supuestos de crisis matrimonial y la ausencia de una norma al respecto, lo que provocó una extraordinaria polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a si el contrato de arrendamiento suscrito por uno de los cónyuges generaba una titularidad conjunta para ambos. Sobre esta polémica, cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Matrimonio y crisis conyugal del inquilino en la nueva LAU*, BIB 1998, 1193.

titular la sociedad de gananciales¹⁷². Consecuentemente, de existir cotitularidad, no hay nada que ceder sino mera concentración en uno de los esposos –el adjudicatario del uso de la vivienda– de las facultades antes comunes¹⁷³.

De considerar ganancial o común el arrendamiento de vivienda familiar se seguiría la inaplicación del art. 12 LAU que sólo quedaría para dar explicación a los arriendos concertados con anterioridad a la celebración del matrimonio –que de otra manera quedarían sin respuesta normativa– y a la vez serviría para justificar el abandono voluntario por parte de uno de los cónyuges de una relación compartida que, sin la norma cuestionada, determinaría una posible cesión inconsentida¹⁷⁴. Son muchas las consecuencias que se derivan de considerar ganancial el arrendamiento de vivienda¹⁷⁵, pero a mi juicio, dos son especialmente relevantes: la deuda derivada de obligación de pago de la renta tendría la consideración de deuda doméstica¹⁷⁶, de manera que podrían ser agredidos por consecuencia del incumplimiento, los bienes gananciales, los privativos del cónyuge deudor y los privativos del otro cónyuge (art. 1319 CC). Deuda doméstica que tiene carácter ganancial (art. 1365 CC). El cónyuge que no suscribió el contrato de arrendamiento no precisaría de una norma como la del art. 12 LAU que justifique la necesidad de una cesión de contrato. No habría nada que ceder, sino concentración en uno de los esposos de los dere-

172. GUILARTE GUTIÉRREZ, V, *Matrimonio...*, cit., pg. 14

173. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *op. cit.*, pg. 9.

174. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *op. cit.*, pg. 16. En contra, CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, pg. 8, quien considerando la naturaleza ganancial del arrendamiento, no obstante considera que no puede excluirse del ámbito de aplicación del art. 12 LAU, pues de lo contrario, el legislador habrá producido normas (arts. 12, 15 y 16 LAU) que se aplicarían a supuestos marginales de matrimonios no acogidos a un régimen de comunidad. «Se contraviene el espíritu de la ley y la más que probable voluntad del legislador si se sostiene que las normas en cuestión sólo alcanzan una aplicación residual en el mercado de la vivienda, y que el legislador ha dejado en el más completo silencio los casos de arrendamiento familiar más comunes. Estaríamos ante una norma inútil, que no hubiera valido ni el coste de haberla sacado adelante».

175. Tales consecuencias son resumidas por CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, pg. 9: «si se dispone en favor de tercero del derecho, mediante cesión o traspaso, es preciso el concurso del otro cónyuge; si se ejercitan los derechos de tanteo o retracto, el inmueble cuya propiedad se adquiere tiene naturaleza ganancial, y no privativa; si un cónyuge explota un negocio en un local arrendado por el otro no existe traspaso; si el derecho arrendaticio sobre la vivienda o el local se atribuyen al cónyuge no titular en la liquidación de la comunidad, no existe cesión ni traspaso es ganancial el precio que se obtenga por la cesión o el traspaso y las indemnizaciones de todo tipo por daño al derecho arrendaticio; el cónyuge no titular está legitimado frente a terceros para defender el bien común; desde luego, en ningún caso el cónyuge no titular puede ser tratado como precarista».

176. Este efecto no se deriva sólo de la titularidad ganancial del arrendamiento. Aun siendo considerado el contratante como único titular, la deuda del pago de la renta sería también ganancial (art. 1365 CC), pues es un gasto que supone subvenir una necesidad ordinaria de la familia (art. 1319 CC).

chos que antes eran comunes. Y en cualquier caso, de no resultar la aplicación del art. 12 LAU a los arrendamientos gananciales, no cabría un desistimiento unilateral o no renovación del contrato, pues vendría impuesto por la necesidad de consentimiento dual *ex art. 1377 CC*.

Aun siendo extraordinariamente sugestiva la tesis planteada, no parece que el legislador haya tenido presente la naturaleza común o no del arrendamiento y, mayoritariamente se entiende que el art. 12 LAU no discrimina en cuanto a su ámbito de aplicación¹⁷⁷, respecto de normas de régimen económico matrimonial, generando una norma especial. Sí tiene trascendencia el carácter ganancial o no de la deuda derivada del impago de la renta, a los efectos de determinar los bienes ejecutables por el arrendador, deuda que tiene carácter ganancial en todo caso (art. 1365 CC), aun siendo contratante sólo uno de los cónyuges. El cónyuge del arrendatario tiene que cumplir determinados requisitos (contestar en plazos determinados a requerimientos del arrendador)¹⁷⁸ para convertirse en arrendatario, por lo que la norma parte de que no lo era antes¹⁷⁹.

La subrogación prevista en el art. 12 LAU es extensible a parejas no casadas que en este punto se encuentran más protegidas cuando la vivienda es arrendada que cuando es propiedad de uno de sus miembros. Se aporta una noción de pareja protegida a estos efectos: la que conviviera durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. El plazo me parece razonable pues, de lo contrario, el arrendador puede ver como entra en el inmueble una persona un mes antes del desistimiento y se vería obligado a soportar la cesión de contrato. Al poner un plazo de dos años, se pretende tener presente «parejas estables». La protección de alojamiento de la familia parece tener para el legislador distinta intensidad en función del título que justifique la posesión de sus miembros, lo cual no deja de ser ciertamente curioso.

En suma y siendo muchos los problemas que suscita el art. 12 LAU y que no puedo analizar en profundidad en esta sede, el resultado es que en términos generales, la normativa contenida en la LAU puede ser, a mi juicio y por las

177. ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, pg. 277.

178. Plazos y requisitos que varían en función de la causa del cese en el derecho del arrendatario. Si el arrendatario abandona la vivienda, el cónyuge tiene la carga de hacer una manifestación escrita al arrendador en la que comunica su derecho de convertirse en arrendatario. No sucede lo mismo en los demás supuestos en los que es el arrendador el que requiere, debiendo contestar el cónyuge del arrendatario. Imponer la carga al cónyuge del arrendatario de notificar, puede provocar la pérdida de sus derechos cuando desconocía que debía notificar su decisión al arrendador.

179. MURCIA QUINTANA, *op. cit.*, pg. 165.

razones apuntadas, gravosa para el cónyuge del arrendatario y para el arrendador y cómoda para el cónyuge arrendatario que abandona la vivienda o decide unilateralmente no renovar el contrato. El cónyuge arrendatario tiene más margen de maniobra en un contrato de arrendamiento que cuando la vivienda es propiedad privativa suya, lo cual constituye otro resultado, a mi juicio, llamativo.

IV. LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL

1. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO CONTEMPLADO EN EL ART. 96 CC. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS TERCEROS

1.1. Cuando uno o ambos cónyuges son propietarios de la vivienda familiar

Tras una crisis matrimonial, la cuestión de cuál de los cónyuges tiene derecho a habitar el inmueble que constituyó vivienda habitual de la familia, se erige en uno de los temas más conflictivos. Al tratarse de un bien de primera necesidad, la ley prevé que la resolución de esta cuestión se pueda decretar judicialmente incluso antes de notificada la demanda de separación o divorcio al otro cónyuge (art. 104 CC). Producida esta notificación y previa audiencia de los cónyuges puede modificarse o mantenerse la medida citada en el trámite de medidas provisionales (arts. 103 CC y 771 LECiv), que se convertirán en definitivas tras la aprobación del convenio regulador (art. 90 CC) o por decisión judicial si nos encontramos ante un procedimiento contencioso (art. 106 CC).

Según lo dispuesto en el art. 96.1 CC *«en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden»*.

La ley prescinde del criterio de la titularidad. Es irrelevante qué cónyuge es propietario del inmueble. Puede ser un inmueble que era ganancial y que tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se atribuya a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (arts. 392 y ss. CC); puede que ya inicialmente se tratara de un bien en comunidad ordinaria por haberlo adquirido de esta forma los cónyuges o puede ser que el inmueble sea en su totalidad propiedad exclusiva de uno de los cónyuges. Al margen de la titularidad, la ley concede su uso en función de criterios particulares que son la atribución de la custodia de los hijos comunes o, no habiendo hijos, el interés del cónyuge más necesitado de protección. Si el uso se atribuye al cónyuge titular, ningún derecho emerge (RDGRN de 10 octubre 2008 [RJ 2009, 634])¹⁸⁰.

180. RDGRN de 10 octubre 2008 (RJ 2009, 634). «Siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no

A pesar de que del tenor literal de la norma pudiera deducirse otra cosa, el uso se concede al cónyuge titular por más que el criterio de atribución sea el de ostentar la custodia de los hijos comunes. Éstos no son titulares de derecho alguno¹⁸¹ (RDGRN de 19 de septiembre de 2007 [RJ 2007, 6167] de 14 de mayo de 2009 [RJ 2009, 3006]), aunque sí evidentes beneficiarios (RDGRN de 10 de octubre de 2008 [RJ 2009, 634]). Como con acierto se ha señalado, los hijos no son verdaderos titulares del derecho de uso, por la sencilla razón de que si conviviesen con el cónyuge que es *verus dominus* de la casa no requeriría para disponer ni del consentimiento del otro ni del sustitutivo del Juez, pues mantendría la libertad de disposición, ante el «no nacimiento» de un derecho limitado de goce¹⁸².

Que es el cónyuge y no los hijos, el titular del derecho de uso favorece la interpretación del art. 15 LAU que en caso de crisis matrimonial prevé la subrogación del cónyuge en el contrato de arrendamiento¹⁸³.

Aunque el legislador ha partido de la base de que los cónyuges eran titulares del inmueble o al menos lo era uno de ellos (se deduce de la mención en el art. 96.4 a «cónyuge no titular», suponiendo que el otro sí lo es), lo cierto es que en la práctica se han planteado problemas cuando ninguno de los cónyuges es titular de la vivienda habitual y, particularmente, cuando había una cesión gratuita de la posesión por parte de un tercero a ambos cónyuges. Acaecida la crisis conyugal y atribuido el uso a uno de los cónyuges, se ha planteado el problema de su subsistencia o no cuando concluye la cesión gratuita del uso del inmueble. A este supuesto me referiré más adelante.

Así mismo, la vivienda familiar puede ser arrendada, suscitándose el problema de lo que acontece cuando, sobrevenida la crisis conyugal, el juez atribuye el uso de la misma al cónyuge que no celebró el contrato. Esta cuestión ha sido resuelta por el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 que aborda directamente la cuestión, regulación a la que también me referiré posteriormente.

En situación de normalidad matrimonial, el legislador no ha considerado oportuno diseñar un derecho de ocupación sobre la vivienda familiar pertene-

es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento».

181. Sobre esta cuestión, y la polémica al respecto, *vid.* 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)*, Cizur Menor, 2005, pgs. 225 y ss.

182. RAMS ALBESA, J., «Comentario al artículo 96 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por RAMS ALBESA y MORENO FLÓREZ, t. II, vol. 1º, Barcelona, 2000, pg. 1018.

183. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Matrimonio y crisis conyugal del inquilino en la nueva LAU*, BIB 1998, 1193, pg. 25.

ciente al otro cónyuge, partiendo de que tenía un derecho a poseer el mismo derivado de la obligación de los cónyuges de convivir juntos (art. 69 CC) y sólo ha concedido al cónyuge titular la posibilidad de impedir la enajenación unilateral del inmueble por el propietario. De ahí la restricción a la libre disposición establecida en el art. 1320 CC.

Sin embargo, en situación de crisis matrimonial, la restricción de la facultad de disposición del cónyuge titular resultaba una protección insuficiente, pues era preciso justificar la posesión exclusiva y excluyente que se concede al cónyuge no titular. De ahí que no puedan atenderse ambas situaciones de la misma forma pues el objetivo a lograr era diferente. En normalidad matrimonial no había que justificar la posesión del inmueble por los miembros de la familia y en situación de crisis sí. Por ello, el mecanismo utilizado es precisamente *atribuir* un derecho al cónyuge no titular y no sólo *limitar la libre disposición* del cónyuge titular. El error radica en que, como ya he señalado¹⁸⁴, el legislador no sólo atribuye un derecho, sino que también limita la facultad de disposición. Así, el art. 96.4 CC dispone que «*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*»¹⁸⁵. Se trata de dos medidas contradictorias, pues como veremos, si se otorga eficacia *erga omnes* al derecho atribuido al no titular, no es necesario, a su vez limitar la facultad de disposición del titular como se hace en el art. 96.4 CC.

Por lo tanto, en esta materia, a mi juicio, existe un mal planteamiento de inicio por parte del legislador que ha invitado a creer que el régimen del art. 1320 CC y el del art. 96 debía seguir idénticos derroteros. Y a mi juicio, esto no es necesariamente así. El derecho atribuido al cónyuge usuario contiene inmediatividad de poder y, como veremos, reconocido por la jurisprudencia¹⁸⁶, eficacia *erga omnes*. El cónyuge usuario tiene un *ius possidendi*, con carácter exclusivo y excluyente frente al verdadero titular del inmueble y frente a terceros.

184. Apartado III.1 del presente capítulo.

185. Sobre la naturaleza de tal consentimiento, *vid. supra* apartado III.1 del presente capítulo.

186. Claramente se defiende este planteamiento en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10136): «Hoy en día, teniendo en cuenta las leyes vigentes [art. 1320 y art. 96 ambos del Código Civil, 94.1 del Reglamento Hipotecario y disposición adicional 9ª de la Ley 30/1981, de 7 julio], que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral».

Este derecho concede a su titular la facultad de usar y ocupar como residencia familiar la vivienda en cuestión. Ésta es la esencia de este derecho¹⁸⁷. Y este derecho no se crea para el cónyuge en situación de normalidad matrimonial, lo que hace que ambas situaciones no puedan seguir un régimen paralelo.

Pero además el problema de la naturaleza del derecho de uso concedido al cónyuge no titular de la vivienda se ha complicado sobremanera por virtud de las distintas hipótesis que la práctica nos ofrece, cuando el legislador al tratar esta cuestión parece que sólo tenía en mente *una*: el caso en el que la vivienda era propiedad de uno o ambos cónyuges y, particularmente, cuando el cónyuge al que se le atribuye el uso es precisamente el no titular del inmueble. Así se deduce del tenor literal del art. 96 que alude al «cónyuge no titular», siéndolo el otro. Éste era el supuesto más conflictivo y sobre el mismo se diseña toda la normativa. No se pensó en otros supuestos, como aquellos en los que ninguno de los cónyuges era titular del inmueble y había, por ejemplo, una cesión gratuita de un tercero. La resolución de estas situaciones en las que no pensó el legislador es lo que, a mi juicio, ha enturbiado este tema tan trascendental.

Ciertamente, el art. 96 CC se limita a decir que el uso «corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», sin prejuzgar la naturaleza de ese derecho a poseer el inmueble. Pero es obvio que tal posesión se tiene porque existe un *ius possidendi*: un derecho a poseer y no sólo un hecho posesorio. La práctica ausencia de discusión parlamentaria pone de manifiesto que a los legisladores les interesaba mucho más arbitrar unas soluciones prácticas, que la resolución del problema puramente teórico¹⁸⁸.

A la vista de la falta de concreción por parte del legislador de la naturaleza de ese «uso» concedido al cónyuge no titular, la doctrina ha elaborado diversas teorías en torno a su caracterización¹⁸⁹, pero pocos han llevado hasta sus últi-

187. AGUIRRE FERNÁNDEZ, B., «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Diario la Ley*, núm. 7378, 12 abril 2010, año CCCI La Ley 1290/2010, pg. 2. A juicio de este autor, defensor de la naturaleza real del derecho de uso y cuyas consideraciones comparto plenamente, «el problema de la DGRN no es tanto que esté equivocada respecto a la naturaleza jurídica. El error radica en que se centra en la perspectiva defensiva o negativa del derecho de uso. Es obvio que son consideraciones de carácter familiar las que determinan la esencia del mismo. Y es cierto que el último párrafo hace hincapié en ese aspecto defensivo que representan las limitaciones a la libre disposición de la titularidad de la vivienda cuando ésta pertenece al otro cónyuge. Pero creo que este derecho subjetivo incorpora algunas facultades de carácter positivo, con un típico contenido real, que no pueden ignorarse o minusvalorarse».

188. RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, cit., pg. 101.

189. Son varias las posturas mantenidas al respecto. Cfr. MARTÍN MELÉNDEZ, «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», *Actualidad Civil*, 2005.

mas consecuencias la opción escogida. Y es que de poco vale reflexionar sobre la naturaleza de una institución si luego no se es consecuente con los efectos prácticos que de tal opción se derivan.

La primera interpretación es aquella que entiende que el uso que contempla el art. 96 CC, es un *derecho real*¹⁹⁰ de uso típico, ni más ni menos que al uso al que se refieren los arts. 523 y ss. CC¹⁹¹. No se trataría de un derecho de habitación¹⁹² porque no se restringen las piezas del inmueble que puede utilizar el cónyuge no titular. Se trataría pues, de un derecho de uso típico, con la certeza estructural que la figura ofrece en su regulación y en parecidos términos al establecido en los arts. 1406 y 1407 CC al tratar de las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. Se dan las características de inmediatividad de poder y eficacia *erga omnes*. En los supuestos en los que el bien sea de propiedad común de ambos cónyuges, el cónyuge usuario tiene sobre el bien una doble titularidad: en pleno dominio sobre su mitad indivisa y en derecho de uso sobre la mitad restante.

En este sentido, el cónyuge usuario no sería un mero poseedor¹⁹³ (derecho no inscribible con base en el art. 5 LH)¹⁹⁴, sino que su posesión está legitimada

190. ISAC AGUILAR, A., «Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal», *RCDI*, 1986, núm. 577, pg. 1.730. JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J. R., «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1992, núm. 4, pgs. 1033 y ss. MORALEJO IMBERNÓN, *La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, disponible en <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/vivienda-y-crisis-matrimonial.pdf>, pg. 108.

191. RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar*; cit., pg. 110.

192. Así lo conceptúa LUNA SERRANO, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, vol. I, Barcelona, 1997, pg. 173.

193. DE LA PUENTE ALFARO, «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», *RCDI*, núm. 698, 2006, pg. 2372, niega que el derecho del cónyuge usuario tenga la consideración de derecho subjetivo y considera que «la atribución del uso confiere a un cónyuge y a los hijos, en su caso, la legitimación civil para ejercer las facultades posesorias que se deriven del título preexistente en el cónyuge titular. No hay derecho alguno sino ejercicio del derecho ajeno». Teoría respetable, pero que difícilmente se sostiene si se admite la inscripción de tal «posesión» en el Registro de la Propiedad. El autor citado construye toda su teoría para justificar la extinción del derecho de uso en el caso en el que los cónyuges disfrutaban de la vivienda sin título. Pero para conseguir este efecto, no es preciso a mi juicio, negar al usuario la condición de titular de un derecho.

194. Por el contrario, para ROCA I TRÍAS, E., «Comentario al art. 96 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984, pg. 613, el derecho de uso contemplado en el art. 96 CC no constituye ni un derecho de crédito ni un derecho de habitación. Cuando judicialmente se constituye tal derecho, «se elimina la posesión compartida y se pasa a una posesión exclusiva sobre el local que constituye la vivienda familiar, cosa que sucede, evidentemente, por las necesidades familiares que tienen una protección prioritaria en relación a las titularidades protegibles en virtud del derecho de propiedad o de arrendamiento, titularidades éstas que ceden ante el superior

por un derecho que le autoriza a poseer (*ius possidendi*), derecho que por su naturaleza real sería inscribible en el Registro de la Propiedad. La necesidad del consentimiento del cónyuge usuario por que el titular pueda disponer de la vivienda no tendría otra virtualidad que permitir la enajenación del bien libre de cargas¹⁹⁵, pero su ausencia no impediría la transmisión del inmueble con la carga o gravamen.

Las consecuencias prácticas que se derivan de configurar el derecho de uso a favor del cónyuge no titular (ya se trate de un derecho de uso típico o atípico)¹⁹⁶ como típico y auténtico derecho real son trascendentales, pues su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad se realizará con base en lo dispuesto en los arts. 2 LH y 7 RH, siendo oponible a terceros adquirentes y a los acreedores.

El principal obstáculo que ha encontrado la configuración de este derecho de uso como derecho real se ha producido en las hipótesis en las que ninguno de los cónyuges son propietarios del inmueble¹⁹⁷. Si sobre la vivienda no existiese derecho de dominio y los cónyuges sólo fueran arrendatarios o comodatarios, al tratarse de derechos personales, no cabría constituir sobre el inmueble un derecho real de goce¹⁹⁸. Es evidente, que un juez de familia no

interés familiar». También lo configura como un derecho posesorio, ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pgs. 90 y ss.

195. ISAC AGUILAR, A., *Las consecuencias registrales de la separación matrimonial...*, cit., pg. 1731. Sobre la naturaleza del consentimiento a que se refiere el art. 96.4 CC cfr. apartado III.2 del presente capítulo.

196. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, 1986-I, pg. 3 califica este derecho de «derecho de ocupación» con naturaleza de derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, siempre que la propiedad pertenezca al cónyuge no usuario. A su juicio, se trata de un derecho real de naturaleza autónoma intransmisible tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Por su parte, es explícita en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10132) «no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares». Son numerosas las sentencias favorables al carácter real del derecho de uso: Sentencias del Tribunal Supremo 13 de diciembre de 1991, RC núm. 2987/1991, de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807), 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7722), 13 de abril de 2009 (RJ 2009, 2895).

197. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994 (RJ 1994, 2945), considera que el derecho de uso atribuido al no titular «no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges».

198. DE LA PUENTE ALFARO, «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», *RCDI*, núm. 698, 2006, pg. 2371, construye toda su argumentación sobre este planteamiento.

podría gravar a favor de los cónyuges un bien que no pertenece a ninguno de ellos sin intervención del dueño del inmueble.

A mi juicio, el derecho de uso que pesa sobre la vivienda familiar no puede tener la misma naturaleza en ambas hipótesis¹⁹⁹. Por ello, es preciso analizar separadamente los casos en que ambos cónyuges son titulares o uno de ellos es propietario exclusivo del inmueble, de los otros supuestos en los que el título que legitima la posesión de los cónyuges se basa en un derecho personal. A este último supuesto me referiré posteriormente.

El planteamiento de la cuestión en función de ambas hipótesis ha sido llevado a cabo recientemente por la sentencia del Tribunal Supremo (plenaria) de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274):

«En el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del art. 96 CC:

1ª Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia.

2º Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 180)».

Aunque se mantenga la naturaleza real del uso contemplado en el art. 96 CC para el supuesto del que parte el Código Civil, que es la titularidad de los cónyuges, ello no significa que tal naturaleza sea la misma en todas las hipótesis²⁰⁰, puesto que cuando los cónyuges poseen por virtud de un derecho

199. En este sentido, ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 510.

200. En este sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pg. 1333, entiende que el derecho de uso tiene carácter real si la titularidad del cónyuge era real. GUILARTE GUTIÉRREZ, «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», *Aranzadi Civil*, 1994, núm. 1 (BIB 1994, 73), pg. 11, quien en relación con la configuración del derecho de uso como derecho real, afirma que «esta doctrina es plenamente asumible cuando, como en el caso litigioso ocurría, el uso de la vivienda había sido adjudicado en un procedimiento matrimonial en el cual estaba presente el titular dominical del inmueble pues pertenecía con carácter privativo al esposo no adjudicatario. Ahora bien, hay que prevenir la mala utilización

personal, no es conceptualmente posible gravar una propiedad ajena al margen de la voluntad del propietario del inmueble. Juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho concedido» (*resolutio jure dantis, resolvitur ius concessum*) relativa a la regla de derechos sobre derechos: la atribución del uso seguirá la suerte del derecho sobre el que recae y extinguido aquél se extingue también éste²⁰¹. El uso atribuido al esposo no titular se funda en el del cónyuge titular del que deriva y es oponible a terceros en la medida que el derecho que le sirve de sustrato, también lo es²⁰². Así lo pone de manifiesto claramente la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323) «*nadie puede dar lo que no tiene y, en consecuencia, la atribución del uso de la vivienda como medida complementaria de la separación judicial no puede suponer la atribución de un derecho derivado de una titularidad de la que se carecía por el matrimonio*».

Por ello, no me parece reveladora la jurisprudencia que niega la naturaleza real del derecho de uso cuando el supuesto de hecho que contempla es aquel en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 [RJ 2010, 1274]). Para permitir al tercero propietario recuperar la posesión del inmueble no era necesario negar el carácter real al derecho de uso, sino simplemente aplicar las normas generales de derecho patrimonial.

que de tal doctrina pueda realizarse intentando generalizar su solución a supuestos en los cuales los esposos no sean titulares dominicales de la vivienda cuyo uso se adjudica a uno de ellos. En tal caso debe insistirse en que la Resolución judicial no crea *per se* un derecho originario, nuevo, oponible *erga omnes* sino que, a lo sumo, frente a tales terceros, podrán oponerse por el cónyuge ocupante las facultades de que antes disponían ambos esposos». Cfr. también del mismo autor, «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *Aranzadi Civil*, 1999, núm. 17, pgs. 65 y ss., BIB 1998, 1193.

201. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 509.

202. Hace aplicación de esta doctrina, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pg. 1335, cuando refiriéndose a un supuesto en el que los cónyuges eran precaristas afirma que «si no hay título de ocupación, real o personal, caso de precario, el cónyuge a quien se le ha dado el derecho de ocupación continuará en la vivienda, pero sin más apoyo que aquel precario. El otro cónyuge antes precarista quedará sin derecho alguno, pero tampoco antes lo tenía. El cónyuge que tiene derecho de ocupación en la vivienda objeto de precario, está por tanto, sometido a que en cualquier momento cese el precario (...). Por tanto, no se trata de un derecho de ocupación, derecho subjetivo, real y autónomo, sino que tiene una posición subordinada al precario, sobre el cual se ha constituido. No se ha creado ningún derecho nuevo, porque ningún derecho existía antes». Comparte este planteamiento RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación...*, cit., pg. 113. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 junio 1993 (AC 1993, 1130), indica que «ha de partirse de que la relación jurídica en virtud de la cual un matrimonio ocupa como vivienda familiar un inmueble de propiedad ajena no sufre alteración ni cambio de naturaleza por el hecho de que, en convenio regulador de separación o divorcio, o por decisión judicial, se atribuya a uno de ellos con exclusión ineludible del otro, el uso y disfrute de la vivienda, dado que esa atribución exclusiva no puede trascender y afectar a quien no ha sido parte en el convenio ni en el proceso».

Por ello entiendo que, aunque existan hipótesis en las que por su naturaleza el uso contemplado en el art. 96 CC no pueda comportarse como un derecho real, ya que la posesión de los cónyuges se sustenta sobre un derecho personal, no constituye un argumento, a mi juicio, válido para negar el carácter real de tal derecho²⁰³. La naturaleza del derecho de uso no tiene por qué ser la misma en situaciones de base distintas. Creo que querer dar una solución unívoca en todas las hipótesis ha enturbiado sobremanera este problema generando una extraordinaria inseguridad jurídica, puesto que no han faltado resoluciones judiciales que han considerado que era factible que un juez gravara con un derecho de uso la propiedad de un tercero sin el consentimiento de éste²⁰⁴. Error grave que en lugar de resolverse aplicando los principios generales, se ha pretendido solucionar negando el carácter real del derecho de uso y configurando un *derecho de naturaleza mutante* en función de la situación planteada. A mi juicio, el derecho de uso tiene naturaleza real cuando la titularidad de base de los cónyuges sea real. Si no lo es, el derecho de ocupación del cónyuge usuario seguirá la suerte del derecho personal que lo sustenta.

En mi opinión, la nueva regulación de esta materia en el Código Civil de Cataluña supone un ejemplo de adecuada técnica legislativa en tanto que se contempla como hipótesis especial que no prejuzga la naturaleza real del derecho de uso, el caso de que la posesión del inmueble de los cónyuges no se fundamente en una titularidad jurídico real. Dispone en este sentido el art. 233-21 que «*si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de la propiedad, los efectos de la atribución judicial del uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando éste reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias*». En suma, la norma no deja de ser una aplicación de la regla general «resuelto el derecho del concedente se resuelve el derecho concedido», consecuencia de la imposibilidad de gravar un inmueble ajeno sin el consentimiento del titular. En fin, la solución es consecuencia de los principios generales que gobiernan nuestro derecho patrimonial.

Efectivamente, negar al derecho de uso la consideración de derecho real

203. Así parece admitirlo ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 509, cuando refiriéndose a la teoría del derecho real, considera que «esta tesis flaquea cuando la titularidad en virtud de la cual la familia ocupa el hogar es de carácter personal».

204. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10250) y numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales Palma de Mallorca de 23 de septiembre de 1996 (AC 1996, 1770), Toledo, 24 de marzo de 2009 (JUR 2009, 233804), Islas Baleares, 27 de mayo de 2009 (JUR 2009, 312216), Alicante, 8 de julio de 2009 (JUR 2009, 1488), Albacete, 11 septiembre 2009 (JUR 2009, 462515), Barcelona, 2 de octubre de 2009 (JUR 2009, 490921), Santa Cruz de Tenerife, 20 de noviembre de 2009 (JUR 2009, 77542), Murcia, 4 de marzo de 2010 (JUR 2010, 154889).

cuando el tribunal resuelve un supuesto en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal y afirmarla cuando uno o ambos son propietarios del inmueble no me parece en absoluto contradictorio. Lo que sí me parece criticable es negar que se trate de un derecho real y luego aplicar las consecuencias derivadas de su consideración como derecho oponible *erga omnes* incluso aunque no haya accedido al Registro de la Propiedad cuando el adquirente lo conocía. ¿Qué sentido tiene negar la condición de derecho real para luego admitir la oponibilidad *erga omnes* en las hipótesis en las que los cónyuges o uno de ellos es propietario del inmueble? Ciertamente, es posible que situaciones que no tienen la consideración de derecho real se les dote de eficacia *erga omnes*, pero no parece que tengan mucho sentido los esfuerzos doctrinales tendentes a negar la consideración del uso como derecho real, para posteriormente hacer derivar las mismas consecuencias que de tal naturaleza se derivarían²⁰⁵.

Así lo hace el Tribunal Supremo en la sentencia citada de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274): «el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el art. 83.3 CF y el art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad.

El artículo 96 CC se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario (Fundamento de Derecho sexto)».

En el fundamento de derecho séptimo, el Tribunal Supremo analiza separadamente del problema de la naturaleza del derecho de uso (a pesar de estar estrechamente unido), la cuestión de la posición de los terceros adquirentes de la vivienda familiar como si se tratara de cuestión distinta, volviendo a separar los distintos supuestos:

1ª El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matri-

205. ASÍ, DE LA PUENTE ALFARO, «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», *RCDI*, núm. 698, 2006, pg. 2372, niega incluso que el cónyuge usuario tenga un derecho subjetivo, limitándose a ejercitar un derecho ajeno, y, sin embargo, admite la inscripción en el Registro de tal posibilidad (no la llama derecho) y su eficacia *erga omnes*. Si el punto de llegada es el mismo ¿por qué negar incluso al usuario su condición de titular de un derecho?

monial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 diciembre 1999 [RJ 1999, 9493], 4 diciembre 2000 [RJ 2000, 9323], 28 marzo 2003 [RJ 2003, 3040] y 8 mayo 2006 [RJ 2006, 2342], entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son sólo beneficiarios.

2ª. Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC).

La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante, con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en nuestra sentencia de 3 de abril 2009 (RJ 2009, 2806) (recurso 1200/2004). Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia (contenida en las sentencias de 2 diciembre 1992 [RJ 1992, 10250] y 17 de julio 1994 SIC y 14 de abril 2009 SIC entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial.

El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo.

3ª Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTs de 26 diciembre 2005 [RJ 2006, 180], 30 octubre [RJ 2009, 403] y 13 [RJ 2009, 5] y 14 noviembre 2008 [RJ 2009, 393] y 30 junio 2009 [RJ 2009, 4244]).

La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.

De la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo se deduce la ineficacia

frente a terceros del derecho de uso cuando la posesión de los cónyuges se ostenta por virtud de un derecho personal y, por el contrario, se admiten los efectos *erga omnes* cuando uno o ambos cónyuges son propietarios del inmueble. En esta última hipótesis, el derecho de uso se comporta como un derecho real (a pesar de que contradictoriamente se niega esta caracterización) y en la primera no.

Si hay un extremo sobre el que existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia es sobre la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad²⁰⁶ del derecho de uso concedido al cónyuge no titular, admitido legalmente en el art. 233-22 del Código Civil catalán. Ahora bien, cabe preguntarse sobre el fundamento de esta permisividad. Dado lo dispuesto en los arts. 2.2º LH y 7 RH, la naturaleza real en origen de este derecho permitiría su acceso al Registro, sin necesidad de norma *ad hoc* que lo estableciera. Efectivamente, nuestra legislación hipotecaria permite el acceso al Registro de la Propiedad de los «*títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales*». El carácter real del derecho constituye el fundamento de la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad. Excepcionalmente, la Ley permite el acceso de determinados derechos personales a los que se le quiere dotar de determinada eficacia *erga omnes*, como es el caso de los arrendamientos (art. 2.5º LH). Cuando esto sucede, es el legislador el que expresamente lo tiene que establecer habida cuenta que el Registro de la Propiedad sólo publica derechos con trascendencia real. Es por ello, que cuando se declara expresamente por la ley la accesibilidad de un pacto al Registro de la Propiedad ello, a mi juicio, constituye un signo precisamente de su falta de carácter de derecho real pues, de tenerlo, entraría sin necesidad de mención expresa por el legislador²⁰⁷. El hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo admita la inscripción del derecho de uso en el Registro sin base legal que lo autorice,

206. La disposición adicional 9ª de la Ley de 7 de julio de 1981 (hoy derogada) establecía que «*las sentencias de separación, nulidad o divorcio se comunicarán de oficio a los Registros civiles en que consten el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos. A petición de parte podrán ser anotadas o inscritas en los Registros de la Propiedad y Mercantil las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio*». En la actualidad, art. 727.5ª y 10ª LECiv. Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713).

207. Contrariamente, estima ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 515 que el derecho de uso «pareciera ser un derecho personal toda vez que no se ha previsto su acceso al Registro de la Propiedad en forma autónoma, sino que su constancia es posible a través de medios indirectos». Estimo que la solución es la contraria. Precisamente si fuera un derecho personal, debería expresamente preverse su inscribibilidad. La ausencia de esta previsión es favorable, a mi juicio, a su carácter real. Por eso no comparto el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274) cuando afirma que Cataluña ha optado por configurar tal derecho como real al prever su inscribibilidad (Fundamento de Derecho sexto).

constituye un argumento sólido en base al carácter real de tal derecho²⁰⁸ que, como todos los derechos reales (salvo excepciones legales como la hipoteca), no son de inscripción constitutiva. El derecho de uso tiene eficacia *erga omnes* y por ello es inscribible (en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 [RJ 2004, 2713]), lo que no es lo mismo que afirmar que tal eficacia se la brinda el Registro.

Un derecho de uso no inscrito tiene eficacia *erga omnes* (su inscripción no es constitutiva) y para que pueda desconocerlo el tercer adquirente, debe tener buena fe y reunir los demás requisitos de la fe pública registral (art. 34 LH). Si no estando inscrito, el tercero lo conoce, le será oponible. Si la eficacia *erga omnes* se la otorgara la inscripción, el derecho de uso no inscrito sería inoponible a terceros al margen de la buena o mala fe del tercero (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2000 [RJ 2000, 10430]).

Negar la naturaleza real del derecho de uso plantea problemas de cara a la protección del derecho del cónyuge no titular en el ámbito registral²⁰⁹. En primer lugar, por la falta de constancia en el Registro del carácter familiar de la vivienda y, en segundo lugar, al carecer el cónyuge usuario de un derecho inscribible, el adquirente podrá alegar siempre su buena fe en relación a las normas registrales²¹⁰. Ante estas dificultades se argumenta sin más que la posesión del cónyuge no titular debe ser respetada «debido a que las normas sobre protección familiar son preferentes sobre los derechos patrimoniales de los terceros adquirentes. Por lo tanto, concurriendo la buena fe del tercero, el cónyuge usuario no podrá oponerse a la validez del contrato²¹¹, que no obstará

208. Por el contrario, se ha fundado la inscribibilidad del derecho de uso en el Registro no en su carácter de derecho real, sino en que «constituye una limitación a la facultad dispositiva del cónyuge propietario, que produce efectos *erga omnes* por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido». RDGRN 25 de octubre 1999 (RJ 1999, 7680).

209. Se trata de aquellos que consideran que la adjudicación del uso al no titular no es sino una transformación posesoria. No surge un derecho nuevo, ni real ni de crédito, sino que finaliza la posesión compartida (copesión) para pasar a una posesión individual, ejercida por el beneficiario de la asignación. El cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda familiar en exclusiva no tiene otro título que el de poseedor y sus obligaciones serán de las que se deriven de la posesión sin más. ROCA I TRÍAS, «Comentario al art. 96 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pg. 612. En el mismo sentido, ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, cit., pg. 203.

210. ROCA I TRÍAS, *op. cit.*, pg. 614. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *op. cit.*, pg. 150, señala que «si se considera que esa adjudicación del uso no es sino una transformación posesoria (...) poco tiene que hacer el Registro, ya que a él no llega la posesión (art. 5 LH), ni le añadiría nada el reflejo registral, pues la posesión es la realidad misma, que en cuanto "pública apariencia" no precisa tutela registral».

211. Sin embargo, la propia autora, ponente de la sentencia del Tribunal Supremo de uni-

para que siga manteniendo la misma situación posesoria existente antes de la enajenación ya que en caso contrario resultaría sumamente fácil la burla de los derechos del usuario²¹². Y es que, efectivamente, de poco valen los esfuerzos doctrinales que niegan el carácter real del derecho de uso a favor del cónyuge no titular si, llevado a sus últimas consecuencias tal razonamiento, la conclusión es la desprotección más absoluta del cónyuge usuario. Con todo, obsérvese, que para evitarlo, al final se concluye igual que si se tratara de un derecho real: el cónyuge usuario puede oponer su posesión (no se dice con qué base legal) al tercer adquirente «porque las normas de protección familiar son preferentes²¹³». Sin embargo, esta preferencia no está establecida legalmente.

Otro camino para proteger al cónyuge usuario desde el punto de vista registral es entender que el derecho del cónyuge usuario tiene naturaleza personal²¹⁴ y que resulta inscribible la restricción a la facultad de disposición del inmueble que conlleva²¹⁵. En este sentido se ha pronunciado la RDGRN de 25 de octubre 1999 (RJ 1999, 7680) entendiendo que «constituye una limitación a la facultad dispositiva del cónyuge propietario, que produce efectos *erga omnes* por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido». En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323), RDGRN de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634). Ésta es la postura que mantienen también aquellos que consideran que el derecho concedido al cónyuge no titular tiene naturaleza personal²¹⁶.

Esta doctrina es sustentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323), que contempla un caso en la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge. El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96.IV CC.

ficación de doctrina de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274), considera que la falta del consentimiento del cónyuge usuario provoca la impugnabilidad del contrato, a tenor de lo establecido en el art. 1322 CC.

212. ROCA I TRÍAS, *loc cit.*

213. ROCA I TRÍAS, *loc cit.*

214. LUCINI CASALLES, «La vivienda familiar...», *cit.*, pg. 101; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Reflexiones...*, *cit.*, pg. 11.

215. DÍAZ MARTÍNEZ, «Convenio regulador de separación o divorcio y Registro de la Propiedad», BIB 2011, 715, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2011, pg. 10. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *op. cit.*, pg. 153.

216. Favorable a la naturaleza personal del derecho de uso se manifiesta, MARTÍN MELÉNDEZ, *Reflexiones...*, *cit.*, pgs. 11 y ss. El argumento básico de este autor es el de justificar la situación que se genera cuando ninguno de los cónyuges tiene la titularidad real del inmueble, no pudiendo gravarse con un derecho real un inmueble sin el consentimiento del auténtico propietario.

«El derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

En la hipótesis de la concurrencia de actos de disposición, estos actos sólo pueden ser realizados si concurren los presupuestos establecidos en el artículo 96.III CC. La falta de estos presupuestos es determinante de un supuesto de nulidad oponible a terceros, siempre que concurra la debida publicidad registral, salvo que se den los presupuestos para la protección del tercero hipotecario o de buena fe» (Fundamento de derecho tercero).

Ahora bien, aunque el resultado es el mismo –la inscribibilidad del uso²¹⁷–, los efectos son distintos si se entiende que es un derecho real o si se prefiere en cambio que estamos ante una limitación a la facultad dispositiva con base en el art. 96.4 CC. El derecho del cónyuge usuario va más allá, pues lo esencial es el derecho a poseer un inmueble del que no es titular exclusivo. No solo tiene derecho a impedir la disposición unilateral del mismo por el titular, aspecto éste que a mi juicio es secundario, pues lo decisivo para el usuario es poder permanecer en la vivienda y este derecho no lo tiene el cónyuge en situación de normalidad matrimonial. Por ello, creo que no se puede extrapolar su sistema al cónyuge en situación de crisis. Lo importante para el cónyuge usuario es poseer el inmueble y mientras ese derecho sea respetado, le resulta irrelevante quién sea el dueño del mismo.

Pero es que las consecuencias que se derivan de considerar el derecho del cónyuge usuario no como un derecho real, sino como una restricción a la libre disposición del propietario, son extraordinariamente relevantes para los terceros. Efectivamente, si se trata de una restricción a la libre disposición y no de un derecho real, al igual que lo que acontece con el art. 1320 en situación de

217. Hoy la inscribibilidad del derecho de uso no es cuestionada y es admitida por la jurisprudencia. *Vid.* RRDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7680), 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167) 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3155) 27 de agosto de 2008 (RJ 2008, 8285); 16 de junio de 2010 (RJ 2010, 3757). Es posible incluso la anotación preventiva del derecho de uso (art. 42 LH) en el Registro de la Propiedad cuando el mismo ha sido fijado en fase de medidas provisionales (art. 103.2 CC), Auto de la AP de Barcelona de 23 de abril de 1998 (AC 1998, 4532).

normalidad matrimonial, la falta de consentimiento del cónyuge usuario a la disposición realizada por el cónyuge titular convierte en anulable el contrato, por aplicación del art. 1322²¹⁸, el tercer adquirente no podrá ampararse en el art. 34 LH, por faltar su condición de tercero y resultar de aplicación el art. 33 LH. La protección de los terceros adquirentes debería seguir el mismo régimen que en el art. 1320.2 CC y esta no parece ser la voluntad del legislador que no ha reproducido la misma norma en el art. 96 CC²¹⁹. La otra opción es considerar que los terceros carecen de toda protección cuando el uso se ha atribuido en situación de crisis matrimonial, lo cual supondría excepcionar la protección que brinda la Ley Hipotecaria (lo cual debería establecerse legalmente) y otorgar un injustificado trato favorable al cónyuge no titular en situación de crisis matrimonial respecto al que se encuentra en situación de normalidad²²⁰.

Por el contrario, como ya he señalado²²¹, si se configura el derecho de uso como derecho real, la falta de consentimiento del cónyuge usuario no afectará a la titularidad del adquirente, que en cualquier caso adquiere el dominio enajenado por el cónyuge propietario²²². Si el derecho de uso no estaba inscrito, el tercer adquirente de buena fe podrá ampararse en la fe pública registral para

218. Ya he señalado que no considero tal precepto aplicable a la hipótesis del art. 96.4 CC. *Vid. supra*, apartado III.1 del presente capítulo.

219. Por el contrario, GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. II, Madrid, 1982, pg. 445, considera aplicable el art. 1320.2 a los supuestos de crisis matrimonial.

220. En este sentido, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *op. cit.*, pg. 152.

221. *Vid. supra*, apartado II.1 del presente capítulo.

222. Tiene razón MARTÍN MELÉNDEZ, *Reflexiones en torno a la naturaleza del derecho de uso...*, cit., pg. 11, cuando siguiendo a ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, cit., pg. 203, afirma que «si el derecho de uso del no titular fuera real, no sería necesaria, para proteger al no titular frente a los actos de disposición del titular, una norma que exigiera su consentimiento para que el titular pudiera disponer: sin él, el adquirente adquiriría la vivienda con la carga del derecho de uso; y, por otra parte, si lo que se deseara fuera disponer de la vivienda libre de todo gravamen, tampoco sería necesaria una norma que exigiera expresamente el consentimiento del titular de éste». La presencia exigida del no titular para enajenar la vivienda por quien sí lo es se justificaría precisamente porque carece de todo derecho real sobre el inmueble. Sin embargo, el carácter especial de la tutela brindada en el art. 96 al cónyuge no titular, en aras a la protección de la familia, justificaría que el legislador recordara que el consentimiento del cónyuge no titular es necesario para se extinga el derecho de uso que pesa sobre la vivienda familiar, consentimiento de naturaleza distinta al contemplado en el art. 1320 CC y a cuya ausencia no le sería aplicable el art. 1322 CC al que en ningún caso se remite el art. 96.4 CC evidenciando así su distinta naturaleza. Reitero así mi opinión manifestada *supra* (epígrafe II.1 del presente capítulo) de que el consentimiento del no titular en el art. 96.4 CC no afecta a la validez de la enajenación del disponente y sí sólo a la subsistencia del gravamen. Por su parte, MORALEJO IMBERNÓN, *La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, cit., pg. 111, quien considera real la naturaleza del derecho de uso y compatible con la anulabilidad del acto dispositivo «cuando la ope-

desconocer el gravamen no inscrito (siempre que desconociera la posesión por parte del usuario). Si el derecho de uso estaba inscrito, el tercer adquirente deberá respetarlo a pesar de haber adquirido la propiedad. La falta de consentimiento no provocaría la anulabilidad del contrato. Como he señalado²²³, el consentimiento del cónyuge usuario es necesario para extinguir el derecho de uso, pero no para la validez de la disposición por parte del titular. Los que trasladan al art. 96.4 iguales consecuencias que en el art. 1320 CC generan, a mi juicio, la disfunción señalada en cuanto a la protección de los terceros que no se encontrarían protegidos nunca pues serían partes en un contrato nulo y la protección sólo alcanzaría a los subadquirentes.

Los terceros adquieren *a domino*, de quien es titular, por lo que la atribución del derecho de uso al ex cónyuge no altera esta situación. El tercero adquiere la titularidad jurídico real y no necesita acudir al art. 34 LH para adquirir pues lo hace *a domino*. El problema es si puede liberar el «gravamen» que supone el derecho de uso, con base en lo dispuesto en el art. 34 LH²²⁴. Como ya señalé²²⁵, considero que la falta de consentimiento de este último al negocio dispositivo no afecta a la adquisición del tercero: concurra o no ese consentimiento, el tercero adquiere y su titularidad no puede ser impugnada. De ahí, pues, que el art. 96.4 CC no constituya una excepción al principio de protección de la adquisición de buena fe: el adquirente de buena fe es mantenido en su adquisición sin que su condición de titular pueda ser cuestionada²²⁶.

El problema es si el tercero se puede amparar en el art. 34 LH cuando no conoció ni pudo conocer la existencia del derecho de uso a favor del cónyuge

nibilidad *erga omnes* del derecho de uso no es recurso suficiente para que la norma del art. 96 despliegue toda su virtualidad protectora de los intereses de la familia».

223. *Vid. supra* apartado III.2 del presente capítulo.

224. No coincido en este punto con la opinión mantenida por ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 255, cuando niega en todo caso la aplicación del art. 34 LH «porque no existe en este supuesto circunstancia alguna que posibilite "anular o resolver" el derecho del otorgante ni, en definitiva, se cuestiona la adquisición del tercero (...). Ni tan siquiera invocando las normas de protección registral, pueda el adquirente enervar la legitimación posesoria del cónyuge no titular: dichas normas se orientan en torno a la defensa y mantenimiento de una titularidad adquirida, pero no en torno a la posesión que fundamenta; y puesto que la titularidad del tercero no se discute, la posible aplicación de normas registrales no es en absoluto operativa». Ahora bien, el ámbito de la fe pública registral se extiende también a los supuestos en los que el tercero adquiere como libre una finca gravada, pudiendo el tercero amparado en dicho precepto, desconocer tal gravamen no inscrito, siempre que se den todos los requisitos legales del art. 34 LH. El resultado mantenido por el autor se basa en la negación de una titularidad jurídico real sobre el inmueble por parte del cónyuge no dueño. Si esto es así, poco sentido tiene su inscribibilidad claramente admitida por la jurisprudencia y legalmente en el Código Civil catalán (art. 233-22).

225. *Vid. apartado III.2 del presente capítulo.*

226. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, cit., pg. 254.

no titular. Como he dicho, la interpretación del art. 96 CC no puede conducir a proteger al cónyuge usuario hasta el punto de hacerlo inmune frente al adquirente al margen de su buena o mala fe²²⁷. Se ha llegado a afirmar que, «el adquirente, con independencia de su buena o mala fe y de si la sentencia que aprobó el uso o el acuerdo fue o no inscrita en el Registro de la Propiedad deberá restituir la vivienda al cónyuge ocupante²²⁸». Si esto es así en todo caso, cabe preguntarse acerca del interés que puede tener la inscribibilidad del derecho de uso en el Registro de la Propiedad. A mi juicio, cuando un derecho es inscribible, sus efectos no pueden extraerse de la mecánica del Registro y de los principios legales que lo gobiernan. Por lo tanto, pesar del silencio del art. 96.4 CC en relación con la buena fe de los terceros, yo cuestiono su irrelevancia²²⁹. Los terceros de buena fe están protegidos también en este ámbito, pero su protección es distinta a la arbitrada en el art. 1320.2 CC porque distinto es el mecanismo ideado por el legislador para proteger la vivienda en situación de normalidad y de crisis matrimonial. Precisamente el hecho de que el art. 96.4 no aluda a los terceros de buena fe constituye un argumento a favor del carácter real del derecho de uso y por tanto, la remisión a las normas generales acerca de su protección²³⁰ (sentencia del Tribunal Supremo 4 de diciembre de 2000 [RJ 2000, 10430]).

Obsérvense, pues, las distintas consecuencias que de todo orden se derivan en función de la naturaleza que se atribuya al derecho de uso. Si se considera

227. Así parecen interpretar algunos autores la omisión en el art. 96.4 CC a los terceros de buena fe. En este sentido, ACHÓN BRUÑEN, «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», UNED, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, pg. 46. LUCINI CASALES, A., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado», *RCDI*, núm. 596, 1990, pg. 113. GARCÍA MAURIÑO, S. y CARPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», *Actualidad Civil*, 1994-1, pg. 88.

228. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 504.

229. A juicio de GORDILLO CAÑAS, A., «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del derecho de familia», *ADC*, 1982, pg. 1155, los terceros de buena fe están protegidos respecto del derecho de uso establecido en el art. 96 CC en los mismos términos que lo está en el art. 1320 CC: «si incluso constante matrimonio el cónyuge no titular (y, de haberlos, los hijos) ha de padecer, como consecuencia de la protección del tercero de buena fe, los efectos de una enajenación sobre los mismos bienes, por él no consentida, *a pari*, si no *a fortiori*, habrá de soportarlos cuando la enajenación se produce tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio». A mi juicio, el camino por el que los terceros de buena fe están protegidos por la transmisión no consentida de un inmueble cuyo uso se ha atribuido al cónyuge no titular, es distinto al establecido en el art. 1320 CC.

230. HERRERO GARCÍA, M. J., *Algunas consideraciones...*, cit., pg. 327. En este sentido, MONDEJAR PEÑA, M. I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002-1, pg. 442.

que no es un derecho real pero tiene eficacia *erga omnes*²³¹, los resultados son similares aunque habría que entender, en puridad, que tal derecho familiar *no inscrito* no produciría efectos frente a terceros, tal y como sucede con otros derechos personales que, no obstante, son inscribibles²³².

En suma y para concluir acerca de la naturaleza del derecho de uso contemplado en el art. 96 CC, la posición que más seguridad jurídica encierra y que a mi juicio, estaba en mente del legislador es la de considerarlo un derecho real limitado a favor del cónyuge no titular en los supuestos en que uno o ambos son propietarios del inmueble, en los términos que ya venía sugiriendo el Consejo de Europa. Creo que navegar en el terreno de la teoría queriendo dotar un *nomen iuris* especial (*derecho familiar sui generis*)²³³ sólo introduce

231. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713), 4 de abril de 1997 (RJ 1997, 2636), de 27 diciembre 1999 (RJ 1999, 9493), 4 diciembre 2000 (RJ 2000, 9323), 28 marzo 2003 (RJ 2003, 3040) y 8 de mayo 2006 (RJ 2006, 2342), 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274).

232. Sin embargo, no han faltado algún autor que negando el carácter real del derecho de uso, es, sin embargo oponible *erga omnes*. TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Cizur Menor, 2003, pg. 115.

233. En este sentido la RDGRN de 10 octubre 2008 (RJ 2009, 634), señala que «el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo –que puede ser variable– así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento». En el mismo sentido, RDGRN de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006). Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445). El carácter familiar del derecho no creo que constituya un obstáculo a su consideración como derecho real de carácter temporal, intransmisible (art. 525 CC). En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7722) establece que «no parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil». CERVILLA GARZÓN, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005, pg. 42. TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Cizur Menor, 2003, pg. 115, quien tras negar la condición de derecho real afirma que: «se trata de un derecho *ex lege* de constitución judicial, de marcado carácter asistencial a la familia y vigencia provisional, cuya existencia será oponible a terceros, independientemente de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y sin perjuicio de la protección registral, sea de él, sea de terceros adquirentes (art. 34 LH)». Negar el carácter real del derecho para luego concluir con todas las consecuencias del derecho real, a mi juicio, contribuye sobremanera a generar confusión.

inseguridad en el sistema, tal y como se ha evidenciado en la contradictoria y caótica jurisprudencia que ha tenido lugar sobre este particular. Esta configuración real del derecho de uso permite un tratamiento coherente con la normativa registral que coordina adecuadamente todos los intereses en conflicto y, particularmente y de manera más efectiva, el del cónyuge usuario. Aunque se afirme que la jurisprudencia del Tribunal Supremo reciente niega esta categorización del derecho de uso, hay que tener presente que las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274) y 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323), contemplan casos en los que los cónyuges no son propietarios del inmueble y como ya he señalado, no cabe aplicar la misma naturaleza a ambas situaciones. De hecho, aun negando el TS ese carácter real, aplica sus consecuencias respecto de terceros cuando el derecho de los cónyuges se asienta sobre una titularidad jurídico real (buena prueba de ello es como veremos la jurisprudencia en torno al derecho de uso y el ejercicio de la acción de división por el cónyuge comunero). A pesar de la pretensión del Tribunal Supremo de querer aclarar un problema que estaba generando soluciones contradictorias, creo que tal claridad no se ha conseguido pues se sigue queriendo dar una solución unitaria a problemas diversos y, por ello, en dichas sentencias se evidencian disfunciones en cuanto a la naturaleza del derecho de uso cuando su doctrina hay que integrarla en el sistema registral.

El inconveniente serio que genera el dotar al cónyuge no titular de un derecho oponible *erga omnes* para salvaguardar su ocupación sobre la vivienda habitual en situaciones de crisis matrimonial, aun siendo a mi juicio el mecanismo más óptimo de protección, es el contraste que se produce con la regulación contenida en el art. 1320 CC para las situaciones de normalidad matrimonial en las que con claridad no se ha generado un derecho de ocupación a favor del cónyuge no titular y tan sólo una restricción a la facultad de disposición del cónyuge disponente, de escasa virtualidad protectora. Y ello lo evidencia la lamentable regulación contenida en el párrafo segundo del art. 1320 y a la que ya me he referido. Esta diferencia de trato que emana de la legislación vigente va a provocar resultados francamente injustos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial universal y la vivienda familiar²³⁴.

1.2. En particular, la copropiedad de la vivienda familiar: acción de división y derecho de uso

El problema de la naturaleza del derecho de uso se ha puesto de relieve en aquellos casos en los que, siendo ambos cónyuges copropietarios en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (arts. 392 y ss. CC) y atribuido el uso de la vivienda a uno de ellos, el otro ejercita la acción de división de la cosa

234. *Vid. infra* apartado V del presente capítulo.

común (art. 400 CC)²³⁵. El supuesto es extraordinariamente frecuente no sólo porque en el marco de un régimen de separación de bienes es habitual que ambos cónyuges adquieran la vivienda familiar conjuntamente en régimen de comunidad, sino también en los casos de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales consecuencia de la disolución del vínculo conyugal por la sentencia de divorcio, en lo que la vivienda que era ganancial, se adjudica a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria.

Atribuido el uso de la vivienda a uno de ellos, cabe preguntarse si podría el otro cónyuge ejercitar la acción de división de la cosa común (art. 400 CC). Pues bien, la respuesta a esta cuestión se encuentra nuevamente ligada a la naturaleza que se atribuya al derecho de uso concedido al no titular. Considerado el derecho de uso como derecho personal, la división de la cosa común provocaría la extinción del uso²³⁶. El adquirente en pública subasta consecuencia del ejercicio de tal acción, se haría dueño del inmueble, libre de toda carga o gravamen y el derecho de uso le sería inoponible. Incluso si se tratara de un derecho real, dada la limitación a la facultad de disposición contemplada en el art. 96.4 CC, la acción de división quedaría prohibida salvo que concurriera el consentimiento del cónyuge usuario.

Éste fue el planteamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 27 de enero de 2000 (JUR 2000, 159871) que declaró la improcedencia de la división de la cosa común que afectaba a la vivienda familiar que pertenece en copropiedad a ambos cónyuges, habiéndose atribuido judicialmente su uso a la esposa e hijos.

«Ningún comunero está obligado a permanecer en la comunidad y cada uno podrá pedir en cualquier tiempo, que se divida la cosa común (art. 400 CC). Derecho a la división que es irrenunciable e imprescriptible. Ahora bien cuando de la vivienda familiar, que pertenece en pro indiviso a ambos cónyuges, se trata la posibilidad de ejercitar la acción de división de la cosa común sufre importantes limitaciones *por mor* de lo dispuesto en el art. 1320 y en el art. 96 del CC, que impiden que pueda disponerse de la vivienda familiar si el uso está atribuido al otro cónyuge, salvo que medie el consentimiento de ambas partes o la autorización judicial. Si constante el matrimonio la vivienda familiar se encuentra protegida frente a los actos de disposición de uno de los cónyuges por las limitaciones del art. 1320 del CC, tras la ruptura matrimonial y adjudicación a uno de los cónyuges o ex cónyuge del uso y disfrute de la misma su protección se desplaza

235. Tratan específicamente este problema, GARCÍA MAURIÑO, S. y CARPIO FIESTAS, V., «Atribución de uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», *Actualidad Civil*, 1994-1, pg. 88.

236. DE LA PUENTE ALFARO, «La protección de la vivienda familiar...», cit., pg. 2373. FORCADA MIRANDA, J., «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial», http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002649_02.pdf (consultado el 20 de agosto de 2011), pg. 28.

al art. 96.4 del CC, según el cual 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 (...).»

«En consecuencia para que cese la situación de indivisión será preciso el consentimiento de ambos condueños o la correspondiente autorización judicial que deberá emanar del mismo órgano que atribuyó a aquélla el uso de la vivienda familiar en el procedimiento de separación matrimonial. Es por ello que la solución adecuada es la que predica la apelante consistente en la atribución de la vivienda familiar, único bien partible de la sociedad de gananciales, en comunidad romana o pro indiviso a ambos cónyuges, sin que el apelado, que no tiene el uso de la vivienda, pueda ejercitar la acción de división de cosa común sin el consentimiento de la apelante o, en su defecto, sin autorización judicial. Prevalce pues el contenido del art. 96 del CC sobre el art. 400 del mismo texto legal mientras persista la actual situación de atribución judicial del uso del inmueble a la apelante y a los hijos menores del matrimonio considerando esta atribución del uso en *favor filii* como el interés más necesitado de protección siendo pues ajustada a derecho su petición de adjudicación en pro indiviso de la vivienda familiar sin que sea admisible su venta en pública subasta, no ya por la merma económica que con respecto a su valor económico supone su transmisión a un tercero subsistiendo la carga de la atribución judicial de su uso, sino porque dejaría sin efecto el anterior pronunciamiento judicial».

En el mismo sentido, la sentencia de Tribunal Supremo de 3 mayo de 1999 (RJ 1999, 3428) impide el ejercicio de la acción de división con ejecución en pública subasta con admisión de licitadores extraños por existir un derecho de uso a favor del cónyuge no titular:

«Partiendo del supuesto de que el referido convenio regulador, pactado de mutuo acuerdo entre ambos cónyuges, fue aprobado íntegramente, no sólo por la sentencia de separación matrimonial, sino también, posteriormente, por la que decretó el divorcio de ambos cónyuges, y teniendo en cuenta, por otro lado, que dicho Convenio regulador, en el que se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar (véase su estipulación quinta, que ha sido transcrita literalmente en el apartado 1º del fundamento jurídico primero de esta resolución), continúa plenamente vigente, pues no ha sido modificado por mutuo acuerdo entre los cónyuges (hoy divorciados), ni por resolución judicial firme, que inexcusablemente ha de ser dictada en el proceso en que se decretó el divorcio, careciendo de idoneidad procesal para ello el proceso al que este recurso se refiere (que únicamente tiene por objeto la liquidación de la sociedad de gananciales), es evidente que el pronunciamiento de la sentencia aquí recurrida, en el que acuerda la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, de la referida vivienda familiar, no es ajustado a Derecho».

En suma, se parte de la idea de que el ejercicio de la acción de división provocaría la extinción del derecho de uso y tal extinción sólo se puede dictar en el proceso que decretó el divorcio. Este planteamiento jurisprudencial es coherente con la naturaleza personal del derecho de uso, pues se impide la

división de la cosa común, precisamente porque por carecer aquél de eficacia *erga omnes*, se extinguiría con la adjudicación en pública subasta a favor de un tercero.

Pues bien, cabe decir que esta postura está superada. Hoy se puede afirmar que es doctrina jurisprudencial consolidada la que admite el ejercicio de la acción de división de la cosa común por parte de uno de los comuneros, si bien el adquirente en pública subasta adquirirá la vivienda con la subsistencia del derecho de uso.

Resume la doctrina sobre el particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 524): «Es jurisprudencia constante de esta Sala, que se mantiene el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la cosa común; la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a la atribución de dicho uso (SSTS de 2 de diciembre de 1992, 14 de julio y 18 de octubre de 1994, 16 de diciembre de 1995, 3 de mayo de 1999, 26 de abril de 2002, 28 de marzo de 2003 y 27 de noviembre de 2007, entre otras). La sentencia recurrida difiere de lo dicho por la jurisprudencia de esta Sala en la interpretación del art. 96 CC cuando se ejercita la acción de división. Esta Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 CC, de manera que la sentencia de 8 mayo 2006 afirma que [...] "la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes". Así la sentencia de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999, afirma que "la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa". La misma sentencia añade posteriormente que "si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (...) y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el

órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó". En igual sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 28 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3040)».

Las sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323) 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274) asumen la subsistencia del derecho de uso tras el ejercicio de la acción de división por parte del comunero. Ello, claro está, cuando la vivienda es en comunidad de los dos y de nadie más. Así lo ha entendido también la sentencia del TS 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3383)

Esta doctrina no sólo implica, a mi juicio, admitir la naturaleza *erga omnes* del derecho de uso, sino que también deja sin aplicación la restricción a la facultad de disposición del inmueble prevista en el art. 96.4 CC y que, como he dicho, considero ociosa si se admite el carácter real del derecho de uso. Así ha sucedido en el Código Civil de Cataluña, que en su 233-25 permite la realización de actos dispositivos por parte del cónyuge titular sin necesidad del consentimiento del cónyuge usuario. Solución impecable que aclara todos los problemas: si el cónyuge usuario tiene un derecho oponible *erga omnes*, no hace falta para nada su *asentimiento* a la enajenación de la vivienda salvo que preste el *consentimiento* a la extinción del derecho de uso (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010 [RJ 2011, 936]).

Tal limitación a la facultad dispositiva tendría justificación si el derecho de uso fuera un derecho personal²³⁷. Pero aun siéndolo, pierde su sentido si se permite su inscripción en el Registro de la Propiedad, pues la eficacia *erga omnes* que le otorga su acceso constituye protección suficiente. Con todo, hay que tener presente que la doctrina del Tribunal Supremo que admite la subsistencia de derecho de uso tras el ejercicio de la acción de división, no supedita este efecto a la inscripción, por lo que no es que trate el derecho de uso como un derecho *sui generis* con oponibilidad *erga omnes*, sino que, a mi juicio, las consecuencias que hace derivar de tal derecho son las propias y genuinas de un derecho real.

Cabe por último plantearse lo que acontece cuando de la vivienda familiar son copropietarios los cónyuges o uno de ellos y un extraño. Como ya he señalado, y trataré seguidamente, no es posible gravar con un derecho real un inmueble sin el consentimiento del titular. En este caso, si el tercero condómino ejercita la acción de división, habrá de procederse a la extinción del derecho de uso²³⁸: resuelto el derecho del concedente se resuelve el derecho concedido. Las limitaciones que tienen los cónyuges copropietarios no alcanzan al copropieta-

237. En este sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, «Reflexiones...», cit., pg. 11, defiende la naturaleza personal del derecho de uso.

238. FORCADA MIRANDA, J., *La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial*, cit., pg. 29.

rio ajeno a la relación conyugal, al que no puede afectar una sentencia matrimonial atributiva dictada en un procedimiento en el que no ha sido parte. Cualquier copropietario podrá instar la división de la cosa común y ello determinará la extinción del derecho de uso²³⁹. Así se resolvió este caso en la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de octubre de 1992 (AC 1992, 1379), en el que la vivienda familiar era propiedad de los cónyuges y del hermano de uno de ellos. Dictada la sentencia de divorcio, se atribuye el uso de la vivienda a la esposa e hija de uno de los copropietarios y el hermano, ajeno a la unidad familiar, ejercitó la acción de división. Después de hacer suya la Audiencia la doctrina de la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para proceder a la división de la cosa común, considera que ejercitada ésta por un tercero ajeno a la familia procede la extinción del derecho de uso y la actuación del comunero no constituye fraude de ley como pretendía la recurrente:

«El actor pretende que cese tal comunidad, sin que ello suponga fraude de ley o abuso de derecho sino legítimo ejercicio de éste, aunque reconozcamos que ello sea doloroso para la recurrente. Piénsese que sería como si el actor comunero hubiese permitido hasta ahora el uso en precario de su cuota en el bien. En caso de precario el cónyuge al que se atribuye el uso continúa en la vivienda pero sin mayor apoyo que aquel precario. En consecuencia el cónyuge usuario está expuesto a que en cualquier momento cese el precario –en este caso la comunidad–. En tal línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en un caso de precario de un hijo respecto de sus padres, en el que al separarse aquél se confía el uso de la vivienda a su esposa y los referidos padres ejercitaron, y prosperó, la acción de desahucio por precario contra su nuera».

Y es que no es contradictorio con la naturaleza real²⁴⁰ del derecho de uso el afirmar que tal naturaleza no concurre cuando la posesión de los cónyuges no se asienta sobre una titularidad jurídico real. El no haber valorado suficientemente este efecto, ha provocado en mi opinión, una oscuridad importante en la materia, tal y como trataré a continuación.

1.3. Cuando los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal

1.3.1. Vivienda ocupada en precario

Uno de los supuestos más conflictivos que a nivel jurisprudencial ha suscitado el derecho de uso sobre la vivienda familiar es aquel en el que los cónyuges

239. GARCÍA MAURIÑO, S. y CARPIO FIESTAS, V., «Atribución de uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», cit., pg. 96. GUILARTE GUTIÉRREZ, «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», AC, 1994-1, pg. 92. SALAZAR BORT, S., *op. cit.*, pg. 245.

240. Resume la doctrina jurisprudencia sobre la naturaleza del derecho de uso la sentencia de la AP de Madrid de 29 de marzo de 2010 (AC 2010, 1211).

no son propietarios del inmueble y la posesión que ostentan procede de la cesión gratuita por parte de un tercero titular de la vivienda.

Se trata del caso nada infrecuente, por ejemplo, que los progenitores de uno de los cónyuges ceden gratuitamente el uso de un inmueble a su hijo/a que se convierte en vivienda familiar. Acaecida la situación de crisis matrimonial, el juez atribuye el uso de la vivienda a uno de los cónyuges y se plantea el problema de la recuperación de la posesión del inmueble por sus titulares, a través del ejercicio de la acción desahucio por precario, dado que los cónyuges poseían el inmueble sin título que le habilite para ello (art. 250.1.2º LECiv). Planteadas así las cosas, ¿Es oponible tal derecho de uso al propietario del inmueble? A mi juicio, la respuesta es negativa.

La razón de ello estriba en que el derecho de uso en estas circunstancias en que ninguno de los cónyuges es titular del inmueble no puede tener naturaleza real, pues no cabe el gravamen de un bien sin el consentimiento de su titular. Por esta razón, el tal derecho de uso tampoco podría tener acceso al Registro de la propiedad por falta de naturaleza real y por carecer de eficacia *erga omnes*²⁴¹.

Este supuesto ha sido objeto de una regulación específica en el art. 233-2.2 del Código Civil de Cataluña: *Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.* La solución legal es, a mi juicio, impecable como prácticamente toda la regulación que en el CCCat de la vivienda familiar que bien podría servir de modelo al legislador estatal para actualizar la obsoleta y confusa regulación contenida en el art. 96 CC.

La solución al problema planteado, a mi juicio, es clara²⁴², pero se ha en-

241. Por el contrario, para AGUIRRE FERNÁNDEZ, B., «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», cit., pg. 7: «la inscripción en este tipo de supuestos encierra el mismo interés que cuando el cónyuge es propietario. Por lo tanto, por un lado dará publicidad a la propia existencia del derecho de uso, en su aspecto de contenido positivo. Además, haciendo una aplicación analógica del art. 96.4 CC, también desplegará la eficacia defensiva imponiendo al propietario las pertinentes limitaciones de la facultad dispositiva». Con este planteamiento, del que disiento en su totalidad, un propietario puede ver gravado el inmueble, limitada su facultad de disposición por mor de un derecho atribuido en un procedimiento en el que no ha sido parte. Chirrían con este planteamiento derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva y se violenta sobremanera el derecho de propiedad sin base legal suficiente.

242. Esta solución ha sido adoptada en muchas resoluciones judiciales que admiten la procedencia de la acción de desahucio, sin que los propietarios del inmueble se vean

turbiado sobremanera en algunas resoluciones judiciales que han pretendido justificar el derecho del cónyuge usuario a permanecer en el inmueble propiedad ajena, sobre la base de entender que, si bien inicialmente podían los cónyuges constante matrimonio tener la consideración de precaristas, la posterior atribución del uso de la vivienda realizada por el juez en el procedimiento de crisis matrimonial, otorga al cónyuge usuario un título para poseer el inmueble que le priva ya de la condición de precarista y que le permite enervar la acción de desahucio por precario.

Un ejemplo de esta errática forma de pensar es la argumentación empleada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 1992 (AC 1992, 474). Los cónyuges habitaban un inmueble propiedad de los padres de uno de ellos, sin mediar contrato alguno que justificara tal posesión. Acaecida la crisis matrimonial, se adjudica el uso de dicha vivienda a la esposa que ostenta la custodia del hijo común. Ejercitada la acción de desahucio por precario por el padre del cónyuge no custodio, el tribunal considera que no procede:

«(...) Independientemente de la naturaleza jurídica que pueda atribuirse a la situación de precario, que algún sector doctrinal llega a equiparar con la de comodato del art. 1740 del Código Civil, es lo cierto que a través de las medidas provisionales de divorcio se señaló domicilio a la demandada en el piso-vivienda de autos mediante Resolución de 21 de junio de 1990 lo que ya de por sí constituye un título a favor de la demandada otorgado por un órgano jurisdiccional con facultad legal para llegar a tal decisión, y si bien es cierto que en tal resolución se aludía nominativamente a la demandada como beneficiaria de tal atribución, debe aclararse que tal medida va encaminada a favorecer "el interés familiar más urgentemente necesitado de protección" según el art. 1887 de la LECiv no debiendo olvidarse que en este interés se encuentra el hijo de la demandada adscrito a su guarda y custodia, nacido el 24 de octubre de 1986 de la unión matrimonial de ésta con el hijo del demandante y si tal asignación domiciliaria lo fue evidentemente con carácter provisional, no ya así a través de la S. 13 de diciembre de 1990 que accedía al divorcio de este matrimonio cuya resolución asumía aquellas *medidas con carácter definitivo* y además teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección como expresa el art. 103.2 del Código Civil lo que significa que la ocupación actual de la vivienda por parte de la demandada lo es no ya tanto en interés propio como en función de

vinculados por la sentencia matrimonial que atribuye el uso a uno de los cónyuges. En este sentido, sentencia de la AP de Navarra de 22 de enero de 1992 (AC 1992, 6), 27 de marzo de 1992 (AC 1992, 487), Huesca de 21 de octubre 1992 (AC 1992, 1489), Pontevedra 26 de septiembre de 1994 (AC 1994, 1437). Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 180), 13 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 5), 2 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5587), de 18 de enero de 2010 (plenaria) (RJ 2010, 1274); 14 de enero de 2010, también plenaria (RJ 2010, 2323), 30 de abril de 2011 (RJ 2011, 3724).

la guarda y custodia de su hijo que resulta titular inmediato de tal derecho y al que ciertamente no se ha traído a juicio pues la interpelación de doña Paloma M. C. no lo ha sido como representante legal de su hijo, sino en nombre propio y exclusivo de ella misma, dándose así la figura de litis consorcio pasivo necesario que lleva a la indefensión del menor».

Por lo tanto, en la citada sentencia, el juez de familia tiene, al parecer la potestad con base en el art. 96 CC de mutar el título que sirve de base a la posesión de los cónyuges. Si su derecho a poseer era meramente provisional, el Juez de familia, lo muta en definitivo. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7722).

Este planteamiento ha sido actualmente superado por la jurisprudencia, particularmente por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323)²⁴³ que después de calificar la posesión de los cónyuges como precaristas, considera que el derecho de uso atribuido por sentencia judicial a la esposa es inoponible al propietario²⁴⁴:

«Estas situaciones contrastan con aquellas en las cuales los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los

243. Los hechos que enjuicia esta sentencia son los siguientes. Los cónyuges eran propietarios del inmueble que constituía vivienda familiar, procediendo a su venta a una sociedad inmobiliaria (ahora demandante). No obstante la venta, ambos cónyuges continuaron viviendo en la citada finca que enajenaron en 1988. En 1992 se produce la sentencia de separación matrimonial, adjudicándose el uso de la vivienda a la esposa. Posteriormente la inmobiliaria vende la finca dos compradores haciendo constar en la escritura la posesión de hecho de la esposa. La inmobiliaria (sic) y los dos compradores ejercitan la acción reivindicatoria frente a la esposa quien opone su derecho de uso atribuido judicialmente en sentencia de separación matrimonial. El Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda y la AP ordena a la esposa a restituir el inmueble a sus legítimos propietarios. Interpuesto recurso de casación, es desestimado por el Tribunal Supremo.

244. De hecho ésta es la opinión mantenida por la mayoría de la doctrina. En este sentido, RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación...*, cit., pg. 113, O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pg. 1335; GUILARTE GUTIÉRREZ, «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», *AC*, 1994-1, pg. 96. SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso...*, cit., pg. 179.

presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista. En este punto, la doctrina que se fija en esta sentencia no comporta variación sustancial de la que viene manteniendo esta Sala (SSTS de 30 de noviembre de 1964 [RJ 1964, 5552], 31 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10330], RC núm. 2987/1991, 26 de diciembre de 2005), con arreglo a la cual la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

Por lo tanto, que el derecho de uso del cónyuge no puede imponerse al propietario del inmueble que no puede ver «gravado» el mismo por virtud de una sentencia dictada en un procedimiento en el que no ha sido parte, parece que es cuestión hoy clara en la jurisprudencia. Una sentencia judicial no puede mutar el título de posesión del bien por parte de los cónyuges. Esta solución no viene determinada por la negación del carácter real del derecho de uso, sino por la regla *nemo dat quod non habet*. La inoponibilidad al propietario del uso no deriva por tanto, de que se configure el derecho de uso como derecho personal, cosa que la sentencia citada no hace. Aunque se tratara de un derecho real, cosa que creo, la solución sería la misma que la adoptada por el Tribunal Supremo. De hecho en esta sentencia se configura tal derecho como un derecho de carácter familiar que accede al Registro de la Propiedad por implicar una restricción a la facultad de disposición. Es decir, no niega el Tribunal Supremo su oponibilidad *erga omnes*:

«De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)».

No contradice la doctrina fijada en la sentencia citada el pretender justificar la permanencia del cónyuge usuario frente al propietario, no con base en la oponibilidad *erga omnes* de su derecho, sino por la consideración de que el

título que justificaba la posesión del inmueble por los cónyuges era un contrato de comodato (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10250]) y que, por lo tanto no eran meros precaristas. Si el título por el que poseen es un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto, el propietario no podrá reclamar la posesión de la cosa sino después de concluido el uso para que la prestó, salvo urgente necesidad (art. 1749 CC)²⁴⁵. En este caso se justifica la permanencia en la posesión del inmueble sobre la base de que el título que servía a los cónyuges sigue vigente²⁴⁶, pero no porque el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de divorcio tenga carácter *erga omnes* oponible al propietario. De ahí que si no resulta acreditado la existencia de comodato²⁴⁷, los cónyuges serán considerados precaristas pudiendo reclamar el propietario la posesión y siendo inoponible el derecho de uso (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2011 [RJ 2011, 3724]). En cualquier caso, si se trata de comodato o precario es algo que debe determinarse en el caso concreto, ya que no cabe generalizar una determinada calificación jurídica en todos los casos en los que ha habido una cesión gratuita²⁴⁸.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274), que posteriormente analizaré, pretende unificar doctrina sobre si la cesión gratuita tiene la condición de precario o comodato señalando que «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

Por lo tanto, no cabe confundir los dos problemas. Si se desestima la acción de desahucio contra el cónyuge usuario por razón de que no se le considera

245. Sin embargo, ni aun existiendo comodato, se ha permitido al cónyuge usuario permanecer en el uso de la vivienda por entenderse que la ruptura de la convivencia se entiende que desaparece el uso concreto y determinado al que fue destinada la vivienda. En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5587).

246. Claro que es más que discutible entender que permitir el uso del inmueble para vivienda sea un uso específico y determinado al que le resulte de aplicación el art. 1749 CC, jugando más bien el art. 1750 CC pudiendo el comodante recuperar la cosa a su voluntad. La fijación del plazo además de la del uso delimitaría el supuesto de precario y comodato. En este sentido, COSTAS RODAL, L., «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2010, BIB 2010, 1501, SALAZAR BORT, S., *op. cit.*, pgs. 189 y 192. CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución...*, cit., pg. 125.

247. Sobre la delimitación de comodato y precario, *vid.* BELLO JANEIRO, D., *El precario. Estudio teórico-práctico*, Granada, 1999.

248. No comparto la generalización que hace MURILLAS ESCUDERO, J. M., *Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿precario o comodato?*, BIB 2007, 1015.

precarista porque el título que justificaba la posesión de los cónyuges constante matrimonio era un comodato, no es igual que desestimar la acción de desahucio por entender que, siendo precaristas los cónyuges, el derecho de uso atribuido posteriormente en sentencia judicial muta el título y evita que el cónyuge usuario tenga la condición de precarista pudiendo enervar la acción de desahucio.

De ahí que ante una cesión gratuita de la posesión de un inmueble por terceros a unos cónyuges que lo destinan a vivienda habitual, habrá primero que dilucidar el título por virtud del cual ostentan tal posesión y sólo la vigencia de tal título justificará la subsistencia de tal posesión, sin que el uso atribuido judicialmente provoque una mutación del mismo. Por lo tanto, el problema en la práctica se traslada a calificar si los cónyuges eran o no precaristas y no a si el derecho de uso es o no oponible *erga omnes* al propietario. Si tienen tal condición, la reclamación por parte del propietario²⁴⁹ debe prosperar a pesar de que se haya atribuido judicialmente el derecho de uso a uno de los cónyuges, pues la sentencia no crea por sí sola un título de ocupación oponible *erga omnes* y no tiene el alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble.

Una vez dilucidado si la cesión gratuita del inmueble constituye comodato o precario, caso que se estime lo primero, puede suceder que el contrato se haya celebrado a favor de uno solo de los cónyuges. Por ejemplo, los padres de uno de los cónyuges celebran el contrato de comodato con el hijo y, posteriormente, se atribuye el uso a la esposa. Corresponde determinar en este caso si, vigente el contrato de comodato, la esposa es o no precarista o, dicho de otra forma, si el cónyuge no contratante se subroga en la misma relación que ligaba a su consorte con el tercero. Si se mantiene la postura afirmativa, el cónyuge usuario no sería precarista y podría permanecer en el inmueble no sólo por razón de su derecho de uso, sino por seguir vigente el título que justificaba la

249. En este sentido, la sentencia del TS de 30 de octubre de 2015 (RJ 1015, 5044) ante un supuesto en el que la vivienda familiar era propiedad de la madre del marido, sobrevenida la crisis matrimonial, se atribuye el uso sobre la misma a la esposa que ostentaba la custodia de la menor. El marido insta una modificación de medidas reclamando, entre otras, la recuperación de la vivienda para entregársela a su madre, dado que realmente la madre y la hija no estaban residiendo en ella. El TS desestima la pretensión pues se considera que no hay alteración de las circunstancias que justifique el cambio de las medidas en su momento fijadas judicialmente ya que lo único que podía reclamar el marido era el uso de la vivienda para sí por falta de necesidad (no uso) de la esposa. Si lo que se pretende es que la madre recupere la vivienda, será ella como propietaria la que debe ejercitar la correspondiente acción recuperatoria. Vid. SALAS CARCELLER, A, «La atribución de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales». Comentario a la sentencia de la Sala primera del TS 596/2015, de 30 de octubre (Rec.2267/2013), Revista Aranzadi Doctrinal n° 2/2016 (BIB 2016/208).

posesión de los cónyuges. Por el contrario, si se mantiene la solución negativa, en el sentido de que el cónyuge no contratante no se subroga en el contrato que su consorte tenía vigente con un tercero, el cónyuge usuario, tendría la condición de precarista que no se vería modificada por la atribución del derecho de uso y debería desalojar el inmueble. Pues bien, respecto de esta última cuestión en la que la cesión gratuita por parte de un tercero no se realiza a favor de ambos cónyuges, sino sólo a uno de ellos al que no se adjudica el uso, el Tribunal Supremo considera que el cónyuge usuario no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el Juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante. En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009 (RJ 2009, 2806).

Este problema es el que se suscita en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274) que pretende unificar doctrina sobre el particular pero que sin embargo, hay un voto particular. En el caso enjuiciado por dicha sentencia la demandante y su hermano son titulares dominicales de una vivienda, en la que aquél estableció su domicilio conyugal al contraer matrimonio con la demandada. Interpuesta demanda de separación contenciosa de dicho matrimonio, el uso y disfrute de la citada vivienda fue atribuido a la esposa. La copropietaria demandó a la cuñada, ejerciendo la acción de desahucio por precario, con la finalidad de obtener el desalojo de la vivienda. La sentencia del Juzgado de 1ª instancia desestimó la demanda al considerar que la situación de la vivienda poseída no se ajustaba al precario porque la esposa poseía también con base en la condición de condómino que tenía su esposo. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y declara la inoponibilidad del derecho de uso atribuido judicialmente entendiéndose que «la sentencia no crea por sí sola un título de ocupación *erga omnes* y no tiene el alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble, sin que altere el régimen sustantivo de los derechos en cuya virtud se ocupaba anteriormente la vivienda. Sólo sería posible esa oponibilidad en el caso de que la vivienda perteneciese en su totalidad al esposo no adjudicatario que estaba presente en el proceso matrimonial». Considera precarista a la demandada pues entiende que su derecho de ocupación nace de la sentencia de separación y no de la condición de condómino ostentada por su esposo.

El punto conflictivo que se resuelve en esta sentencia es si el cónyuge del condómino es o no precarista. Su derecho a poseer deriva del título originario, sin que la atribución del uso modifique el título originario cuando éste no está constituido por la titularidad exclusiva a favor de un cónyuge. A juicio del Tribunal Supremo, el cónyuge del condómino tiene la condición de precarista puesto que no media ningún contrato que justifique la posesión del cónyuge

del copropietario, y la cotitularidad que éste ostenta no legitima la posesión del cónyuge usuario.

«De acuerdo con el artículo 445 CC, "la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión". Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el art. 445 CC admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es éste el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla D^a Amparo por haberla cedido a su hermano. Del art. 445 CC no debe deducirse que siempre que exista condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor (Fundamento de Derecho séptimo)».

Es decir, si el cónyuge no adjudicatario fuera titular exclusivo del inmueble, el derecho de uso atribuido judicialmente al otro justificaría su permanencia puesto que ningún tercero se ve involucrado. Si, como en el caso enjuiciado por la sentencia, el cónyuge es copropietario del inmueble, de derecho a poseer la totalidad del mismo depende de la cesión realizada por el otro copropietario que sólo vincula a los condóminos y no al consorte de uno de ellos. Por ello procede el desahucio.

Con todo, los magistrados O'Callaghan Muñoz y Salas Carceller formulan un voto particular que consideran que la esposa del condómino no es precarista: la posesión actual de la esposa, doña Marta, no constituye precario en tanto tal figura está constituida por «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde» (por todas, la reciente sentencia de esta Sala núm. 1064/2008, de 6 de noviembre [RJ 2008, 7255]). La situación de precario que en tales casos ha sido reconocida por esta Sala en supuestos de ruptura matrimonial (sentencias, entre las más recientes, núm. 910/2008, de 2 de octubre [RJ 2008, 5587]; 1077/2008, de 13 de noviembre [RJ 2009, 5] y 1078/2008 de 14 de noviembre [RJ 2009, 393]) respondía al hecho de que no existía un título posesorio y sí una situación de precario, que era común a ambos cónyuges, lo que evidentemente no ocurre en el caso de que se trate de la posesión de un comunero.

Entendemos que no hay precario. La vivienda era propiedad del esposo y su hermana.

Como copropietarios tienen el uso (artículo 394 del Código Civil) solidario de la cosa común; cada uno la puede utilizar sin perjudicar al otro o a los otros copropietarios, pudiendo mediar acuerdo entre ellos sobre el uso. Esto es lo

que ocurrió en el presente caso: la copropietaria, hermana del esposo, acordó con éste que la vivienda sería utilizada por el matrimonio. Producida la separación conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente. No hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio.

En consecuencia, no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer entre sí los hermanos copropietarios.

Ciertamente, si la posesión de la totalidad del inmueble por el cónyuge copropietario derivaba de un acuerdo de cesión del tercero, también condómino, al matrimonio (y no sólo al otro copropietario), la condición de precarista del cónyuge usuario dependerá del acuerdo de cesión entre comuneros. La posesión exclusiva del inmueble no derivaba de la copropiedad que ostentaba el cónyuge cotitular, sino también de esta cesión gratuita del uso solidario del inmueble por uno de los comuneros²⁵⁰. Negar la condición de precarista al cónyuge usuario hubiera implicado que el tercero copropietario no habría podido poseer el inmueble pues tendría derecho a su posesión el cónyuge usuario. Pero éste sólo tendría el mismo derecho que tendría su consorte (art. 394 CC) y la comunidad de bienes no legitima sin acuerdo de los condóminos una posesión exclusiva y excluyente del inmueble, pudiéndose hablar de precario en el ámbito de la comunidad²⁵¹. Creo que no habría obstáculo en admi-

250. Para MARTÍN VELARDE, A., «Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en propiedad a su consorte. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25, año 2010-2, pg. 292: «en el caso que nos ocupa no cabe en modo alguno hablar de la existencia de precario ni durante el matrimonio ni tras la sentencia de separación. Durante el matrimonio, el título de copropiedad del esposo y el acuerdo de éste con su hermana copropietaria, destinando el inmueble a constituir la vivienda del matrimonio, legitiman la posesión de ambos consortes (...). Tras la ruptura matrimonial la sentencia de separación es el fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, quien disfruta de una posesión exclusiva que ejercerá en el concepto posesorio correspondiente a la titularidad de su consorte y de acuerdo con la finalidad que motivó la atribución». Considero que la posesión exclusiva del cónyuge usuario no puede nacer del derecho de uso otorgado judicialmente, pues la sentencia citada insiste en la idea de que este uso no puede ser un plus al título originario para poseer que tenían los cónyuges y la cotitularidad no da derecho a uso exclusivo, salvo pacto con el copropietario, no teniendo esta condición el cónyuge usuario.

251. No han faltado autores que consideran que el comunero es precarista por las partes que no le corresponden. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al art. 394 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. I, pg. 1077. El uso de la cosa común es solidario (la totalidad) conforme al acuerdo de la partes y la violación de dicho acuerdo podría convertir en precarista al comunero. Y ello porque la copropiedad no da derecho a una posesión exclusiva y excluyente de la totalidad del bien. Sin

tir que, como en todos los demás supuestos, el cónyuge usuario disfrute de la posesión con base en el título que legitimaba la misma constante matrimonio que era un acuerdo entre comuneros, de forma que la sentencia matrimonial no mute esta relación y que el uso concedido al cónyuge usuario participe de las mismas características que el derecho a poseer de todo comunero.

Con la sentencia citada el cónyuge comunero, a pesar del uso atribuido al otro cónyuge, podrá utilizar la vivienda si llega a un acuerdo con el tercero propietario. Quien en ningún caso la podrá utilizar es su esposa. Si hubiera sido propietario exclusivo de la vivienda, la sentencia de separación habría «gravado» con un derecho oponible *erga omnes*. Si es copropietario, su derecho real no se ve afectado por ninguna carga. Resultado llamativo pero que hace prevalecer los intereses de terceros sobre los intereses familiares. Se ha querido evitar que la subsistencia del derecho de uso en este caso, privara del derecho a poseer el inmueble al tercero también copropietario del inmueble, por virtud de un procedimiento judicial en el que no ha sido parte. Por mucho que un cónyuge sea copropietario, ello no le da derecho a la posesión exclusiva, y un uso atribuido judicialmente no puede modificar el régimen legal de comunidad de bienes cuando un comunero no ha intervenido en el procedimiento.

1.3.2. Derecho de uso y vivienda familiar arrendada

Otro supuesto extraordinariamente frecuente en la práctica es el que se produce cuando ambos cónyuges disfrutan del uso de la vivienda familiar por

embargo, no son pocas las sentencias que niegan que el precario tenga espacio jurídico en el ámbito de la comunidad de bienes. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1961 (RJ 1961, 4441) niega que entre comuneros pueda darse la figura del precario considerando que todos los propietarios, en la proporción debida, tienen la posesión real, con título eficaz y que, por lo general, no pueden considerarse precarista entre sí. En el mismo sentido, la sentencia de la AP de Salamanca de 3 de abril de 1995 (AC 1995, 1396): «existe coincidencia en no atribuir al condómino que ocupa la cosa común la condición de precarista frente a los demás partícipes, por entender que, dado el régimen de derechos y obligaciones establecido por los artículos 396 y siguientes del Código Civil, para los miembros de esa forma plurisubjetiva de dominio, tanto en relación con sus cuotas como respecto a la cosa compartida, no puede ser equiparado a quienes disfrutan de una cosa por mera tolerancia o sin el menor título amparador debiendo, por tanto, los interesados, como señaló la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 octubre 1988, resolver sus diferencias sobre el uso de la misma por cauces distintos del juicio de precario o poner fin al estado de indivisión». En el mismo sentido, sentencia de la AP de Asturias de 21 de febrero de 1992 (AC 1992, 269) y la de 12 de abril de 2001 (AC 2003, 46594). Por el contrario, admiten que un comunero sea precarista cuando se vulneran los acuerdos en materia de posesión y detenta la cosa con carácter gratuito exclusivo y excluyente. Sentencias de la AP de Madrid de 20 de julio de 2010 (JUR 2010, 336383) Provincial de La Coruña de 10 de marzo de 2006 (JUR 2006, 132976); Navarra, 28 de febrero de 2006 (JUR 2006, 130696), Vizcaya de 29 de marzo de 2005 (JUR 2005, 212768), Asturias 30 de abril de 2008 (AC 2008, 1112).

medio de un contrato de arrendamiento y, vigente el mismo, sobreviene la crisis conyugal.

El art. 96 CC no distingue las hipótesis que pueden darse respecto del título que ostentan los cónyuges sobre la vivienda y el Juez, al margen de éste, debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar. Sabido es que la eficacia de tal derecho de uso es distinta en función del título que legitime la posesión de los cónyuges.

La Ley de Arrendamientos Urbanos brinda una regulación específica para los casos de vivienda familiar arrendada en el artículo 15.

1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato.

2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.

Ya se ha tratado con ocasión del tratamiento que la LAU brinda en el art. 12 a la vivienda arrendada en situación de normalidad matrimonial, que parece que para el legislador el titular del arrendamiento es el cónyuge contratante, por lo que se parte de la idea de que, sobrevinida la crisis conyugal y atribuido el uso al cónyuge no contratante, la LAU prevé la subrogación de éste en el contrato celebrado por su consorte. Sin embargo, tal subrogación no es automática, por lo que el cónyuge usuario debe realizar un acto de parte: la comunicación al arrendador en el plazo de dos meses desde que se le notificó la resolución correspondiente.

La Ley Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas ha modificado el art. 15.1 LAU aclarando que el cónyuge al que se le haya atribuido el uso de la vivienda «pasará a ser titular del contrato» por el plazo que reste por cumplir. En la regulación anterior a la reforma, este aspecto no estaba claro puesto que se limitaba a señalar que el cónyuge «podrá continuar en el uso de la vivienda». Con la nueva redacción es claro que el cónyuge al que no se le adjudica el derecho de uso, se desvincula de la relación contractual con el arrendador lo cual parece ra-

zonable, puesto que no tiene derecho a usar la vivienda²⁵². No se trata de que ambos cónyuges sean titulares del contrato, sino que el cónyuge usuario pasa a ser el titular del contrato²⁵³.

El el derecho de uso concedido judicialmente no puede prolongar la vida del contrato de arrendamiento por lo que su efectividad está subordinada a la vigencia del contrato de arrendamiento, sin que se genere un título distinto a favor del cónyuge usuario²⁵⁴. Si esta modificación no se hubiera producido, el cónyuge titular podría cancelar el arrendamiento en el Registro, provocando la engañosa apariencia de la liberación de la carga posesoria que, en virtud de la sentencia matrimonial, seguirá pesando sobre el inmueble²⁵⁵.

El cónyuge del arrendatario pasará a ser titular del contrato si se le ha atribuido el uso de la vivienda arrendada «de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento». La redacción del precepto es criticable pues parece que si, por ejemplo, quedara dos años de vigencia del contrato y el uso se le hubiera concedido por un año, no se produciría el efecto subrogatorio. El caso planteado es un tanto particular pues el uso se suele conceder por un periodo razonable de tiempo. Según el tenor literal del precepto, el cambio de titularidad del contrato solo opera en caso de uso concedido sin delimitación temporal o cuando el periodo concedido sea superior al tiempo que reste por cumplir. Hay que interpretar que, si el uso se ha concedido por un periodo inferior al tiempo que reste por cumplir, por supuesto que el cónyuge usuario podrá utilizar el inmueble,

252. Esta era la tesis mantenida mayoritariamente por la doctrina, en la redacción anterior a la reforma. En este sentido, ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 539. SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 15 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por O'Callaghan, X., Madrid, 1995, pg. 156. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Matrimonio y crisis conyugal...*, cit., pg. 29. LOSCERTALES FUERTES, D., *Los arrendamientos urbanos*, Madrid, 1995, pg. 237. QUESADA GONZÁLES, M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona, 1998, pg. 192. PÉREZ UREÑA, A., «La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil», *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, Asociación Española de Abogados de familia, coordinado por De Andrés Irazábal, C. y Hernández Catalán, 2003, pg. 498. PÉREZ DE VARGAS, J., *El nuevo contrato de arrendamientos urbanos*, Madrid, 1995, pg. 70. Sentencia de la AP de Asturias de 4 de septiembre de 2000 (AC 2000, 2112); de Vizcaya de 1 de junio de 2000 (AC 2000, 1748); de Madrid de 8 de junio de 2007 (JUR 2007, 312295). Auto de la AP de Guipúzcoa de 13 de febrero de 2006 (JUR 2006, 168506).

253. QUICIOS MOLINA, S., «La reforma de los arrendamientos urbanos según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 8/2012 (BIB 2012/3404).

254. En este sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Matrimonio y crisis conyugal...*, cit., pg. 25.

255. GONZÁLEZ CARRASCO, C., «El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler» <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/EL-NUEVO-RÉGIMEN-DE-LOS-ARRENDAMIENTOS-DE-VIVIENDA-TRAS-LA-LEY-DE-MEDIDAS-DE-FLEXIBILIZACIÓN.pdf>

pero no se produce cambio en la titularidad del contrato, pues se entiende que transcurrido dicho plazo, el cónyuge no usuario podrá volver a habitar el inmueble²⁵⁶. Durante el tiempo que dure el derecho de uso (inferior al tiempo que reste de vida del contrato), el cónyuge no usuario seguirá vinculado por el contrato.

A mi juicio, hay que aplaudir el cambio legal. De no admitirse el efecto subrogatorio en situaciones de crisis matrimonial se generaría una discriminación negativa contra el cónyuge que no se encuentra en situación formal de crisis matrimonial, como es la contemplada en el art. 12 LAU. Como se ha señalado, allí el efecto subrogatorio es claro porque el cónyuge arrendatario abandona el inmueble, o no renueva o desiste del contrato. Esos actos le permiten desvincularse de la relación contractual y «cargar» al otro cónyuge con el peso de las obligaciones derivadas del contrato. Si el cónyuge arrendatario no hace eso y espera a formalizar su crisis matrimonial y el uso es atribuido al otro cónyuge ¿debe entonces seguir vinculado contractualmente sin poder utilizar el inmueble? Esta interpretación invitaría a las parejas en situación de pre-crisis a abandonar el inmueble, porque ello les desvincula del contrato y si esperan a la sentencia de divorcio, seguirían vinculados. Creo que esta discriminación de régimen jurídico no está justificada y nos conduce a resultados, a mi juicio, absurdos.

Ciertamente la opción de la subrogación legal es severa para el arrendador que comprueba cómo cambia la persona del arrendatario sin su consentimiento y, a su vez, la atribución del uso al cónyuge adjudicatario le conlleva la asunción personal del pago de la renta, pero esta severidad es la que ha escogido el legislador en el art. 12 LAU y en mi opinión, debe ser la misma en situación de crisis matrimonial pues no hay razón que justifique un trato dispar. Es más, si cabe, en situación de normalidad matrimonial estaría más justificado la continuidad del cónyuge contratante en el arrendamiento, pues subsiste vínculo matrimonial (no así con las parejas no casadas). No tiene sentido que un cónyuge divorciado siga obligado al pago de una renta cuando no puede judicialmente habitar el inmueble y, por el contrario, un cónyuge en situación de «normalidad» matrimonial pueda desligarse libremente del contrato y seguir conviviendo con su cónyuge (aunque hay que entender que si desiste del contrato o no renueva es porque no va a seguir viviendo en el inmueble, pero la ley no exige el abandono salvo en un supuesto). Es más, como acertadamen-

256. En contra, QUICIOS MOLINA, S, *op. cit.* p 7, entiende que en el caso de que se le atribuya el uso de la vivienda por un tiempo inferior al que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, la subrogación producida no abarca toda la duración pactada del contrato, y en consecuencia, o el contrato se extinguirá antes o continuará sólo con el primitivo arrendatario desde que deje su cónyuge de tener derecho al uso de la vivienda familiar arrendada.

te se ha señalado²⁵⁷ si al cónyuge usuario que habita el inmueble se le niega la condición de arrendatario, no podría ejercitar la facultad de subrogación a que se refiere el art. 16 LAU porque ya no es cónyuge que conviva con el arrendatario fallecido, lo cual no deja de ser un auténtico contrasentido.

Comparto, no obstante, la idea de que el efecto subrogatorio plantea un problema cuando el uso se ha establecido en el trámite de medidas provisionales (art. 103), máxime cuando en la práctica la saturación de los juzgados provoca que pueda transcurrir bastante tiempo hasta que tales medidas sean definitivas. ¿Bastaría ese pronunciamiento sobre el uso en el trámite de medidas provisionales para provocar el efecto subrogatorio en el contrato de arrendamiento? ¿Qué pasa si en el –caso infrecuente– tales medidas cambian en la sentencia definitiva? El tenor literal del art. 15 no se refiere al uso establecido en medidas provisionales, sino que el efecto subrogatorio se produce cuando el uso sobre la vivienda arrendada «le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación». En la redacción anterior a la reforma, se señalaba que el cónyuge no arrendatario «podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea tribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil».

Entiendo que hasta que no haya sentencia definitiva, no se produce el efecto subrogatorio *ex lege*²⁵⁸ y el cónyuge usuario permanecerá en el uso de la vivienda y el cónyuge contratante deberá abandonar el inmueble y permanecer como arrendatario de la vivienda, situación anómala que tiene carácter provisional. Lo habitual en la práctica es que lo decretado en medidas provisionales se mantenga en medidas definitivas, pero parece lógico que, si se va a producir un cambio en la titularidad del contrato de arrendamiento, esto suceda cuando se trata de medidas definitivas. El cambio de mención en el precepto puede obedecer a que abarca los casos de atribución de uso de la vivienda también con arreglo a la legislación foral, pues la LAU es aplicable a todo el territorio nacional.

Cabe, por último, preguntarse sobre lo que acontece cuando el cónyuge usuario no notifica al arrendador su voluntad de continuar en el uso de la vivienda en el plazo señalado. Cabría entender que es la comunicación al arrendador la que produce los efectos subrogatorios, de manera que, si no la realiza, el otro cónyuge seguiría como parte contractual o, incluso, cabría la posibilidad el arrendador de resolver el contrato por no haberse hecho efectiva

257. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Crisis...*, cit., pg. 29.

258. En este sentido, SERRANO ALONSO, E., *op. cit.*, pg. 62. CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso...*, cit. pg. 59. En contra, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *op. cit.*, pg. 27, para quien no admitir la aplicación del art. 15 al caso de uso fijado en medidas provisionales, haría que durante el procedimiento cupiera sólo la subrogación del art. 12 LAU. En contra, GIL MEMBRADO, C., «La vivienda familiar», 2013, p. 191.

la subrogación. Sin embargo, no parece que a tal notificación haya que darle la virtualidad de ser el hecho generador de la subrogación que emana de la ley por obra de la sentencia judicial atributiva del derecho de uso. No realizada en plazo, no se extingue el contrato de arrendamiento, ni permite la resolución del mismo por parte del arrendador [art. 27.2.f)]²⁵⁹. Como se señala en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 219775), «la comunicación contenida en la misma norma no tiene otros efectos que los legitimadores sin producir transferencia de derechos contractuales».

En este sentido se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de junio de 2007 (JUR 2007, 312295), que, ante un caso de ausencia de notificación por parte del cónyuge usuario de la sentencia de divorcio, considera que el originario cónyuge contratante sigue obligado al pago de la renta:

«Como se alega en el escrito de apelación el art. 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, establece la facultad a favor del cónyuge no arrendatario, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, de poder continuar en el uso de la vivienda, cuando se le haya atribuido en el proceso matrimonial el uso de la vivienda familiar; dicho precepto tiene como finalidad proteger al cónyuge usuario de la vivienda a fin de que pueda continuar en el uso y disfrute de la vivienda, debiendo en su caso asumir el pago de la renta desde el mismo momento que se cumplan los requisitos que establece el artículo 15.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; produciéndose una subrogación por ministerio de la ley en la posición jurídica del arrendatario a favor del cónyuge al que se le haya atribuido el uso de la vivienda familiar siempre que manifieste su voluntad de continuar en el arrendamiento, pero lo que no cabe deducir ni establece este precepto es una resolución del contrato por ministerio de la ley para el caso de que el cónyuge no arrendatario no manifieste su voluntad de continuar en el uso de la vivienda, pues en tal caso la obligación de pago de la renta subsistirá durante el plazo de vigencia pactado del contrato, pues en tal caso si el cónyuge no manifiesta su voluntad de continuar en el uso de la vivienda, el contrato de arrendamiento continuará en vigor entre las partes hasta que concluya el plazo contractual pactado, pues como señala la SAP de Madrid secc. 20 de 26 de septiembre de 2005 "La atribución del uso de la vivienda por decisión judicial y los acuerdos entre los arrendatarios adoptados al margen de la otra parte contractual, no pueden modificar la esencia del contrato de arrendamiento y como tal las partes del mismo (en tal sentido compartimos el criterio de la SAP de Madrid Sec. 14ª de 23 de diciembre de 2003) y en todo caso esas actuaciones no pueden perjudicar los derechos que dicho contrato le otorga al arrendador, entre ellos, el de percibir el precio pactado y de no abonarlo voluntariamente reclamárselo a quienes suscribieron el contrato, por lo que admitida la falta de pago de determinadas rentas y no habiéndose formalizado en debida forma la nueva situación arrendaticia originada por la crisis matrimonial e incluso adoptados determinados acuerdos

259. SERRANO ALONSO, E., *op. cit.*, pg. 158. Sentencia de la AP de Cáceres de 25 de mayo de 2000 (JUR 2001, 36113).

por los arrendatarios al margen del arrendador, aquéllos han de venir obligados a abonar todas las rentas debidas hasta la resolución contractual, con independencia de las compensaciones a que pudiera haber lugar entre los arrendatarios, de donde debe concluirse que la obligación de abonar todas las rentas debidas les era exigible a ambos demandados con independencia de que uno de los arrendatarios haya abandonado físicamente la vivienda en un momento determinado de la vigencia del contrato, por decisión en la que no ha intervenido para nada la arrendadora y que en el caso aquí examinado, además, ha sido adoptada por acuerdo privado de éstos. Dicha conclusión se impone en aplicación de la regla básica de la contratación del respeto a los pactos adoptados entre las partes (arts. 1091 y concordantes del Código Civil)".».

«(...) En el supuesto de que su cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar en los supuestos de nulidad o separación, no manifieste su voluntad de continuar en el uso de la vivienda, como ocurre en el presente caso, no queda exonerado de sus obligaciones frente al arrendador, pues como acertadamente recoge la sentencia apelada, el hecho de la separación, nulidad o divorcio, no supone una causa de resolución por ministerio de la ley en base al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, simplemente se limita a establecer un derecho de subrogación, siempre que se den los requisitos legales, a favor del cónyuge no arrendatario; pero en los casos que no se produzca dicha subrogación, o bien no se proceda a su comunicación en la forma que establece el artículo 15.2 de la LAU el arrendatario viene obligado al pago de las rentas durante el plazo de duración pactado en el contrato, sin que el mero hecho de la separación, nulidad o divorcio atribuya al arrendatario una facultad de desistir de forma unilateral del contrato».

Efectivamente, el derecho del cónyuge usuario deriva de la sentencia judicial y de la ley y no de una simple notificación al arrendador, la cual constituye una carga formal. La ausencia de la misma no puede significar la privación de un derecho concedido *ex lege*, pero al mismo tiempo, tampoco puede perjudicar los intereses del arrendador, de forma que éste podrá exigir el pago de la renta al cónyuge contratante quien podrá repetir contra el cónyuge usuario. En cualquier caso, entiendo que la notificación al arrendador de la sentencia de divorcio puede ser realizada también por el cónyuge no adjudicatario del uso²⁶⁰.

2. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

2.1. Cuando existen hijos comunes

2.1.1. El automatismo en la aplicación del párrafo primero del art. 96 CC

Una vez analizada la caracterización del derecho de uso y las consecuencias de su atribución en función de los distintos tipos de titularidad que pueden

260. En este sentido, CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso...*, cit., pg. 59.

ostentar los cónyuges sobre el inmueble que constituye vivienda familiar, procede analizar los criterios que debe tener presente el Juez a la hora de determinar a qué cónyuge se atribuye el uso sobre la vivienda cuando falta el acuerdo de los cónyuges adoptado en el convenio regulador (art. 90 CC). En principio, la posesión del inmueble debe corresponder a su titular y excepcionalmente puede atribuirse el uso al otro. Partimos de una medida excepcional. Creo que hay que partir de este planteamiento y no ver el uso como un derecho que necesariamente se tiene que generar.

El criterio general que rige la atribución del uso de la vivienda es el «interés más necesitado de protección» (art. 103.2º CC). Este aspecto es destacable pues los criterios a los que haré mención, deben a mi juicio interpretarse sobre la base de las circunstancias del caso concreto, debiéndose huir de una aplicación automática de los criterios legales. Así, por ejemplo, hay que valorar si quien sería beneficiario del derecho de uso tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades y las de los hijos, si quien ve limitado su derecho de propiedad puede cubrir o no sus propias necesidades básicas. Estas circunstancias deben ser valoradas porque el derecho de uso en el Derecho español es gratuito, dado su carácter *asistencial*. Como ya señalé en otro lugar²⁶¹, los efectos de esta medida cuando el bien es propiedad privativa de uno de los cónyuges, son extraordinariamente severos, por cuanto supone una privación al titular o cotitular de la posesión del inmueble y, por otro lado, la eficacia *erga omnes* del derecho de uso implica que se comporta como un gravamen que bloquea el valor económico del bien en tanto que impide su enajenación voluntaria libre de cargas. Debería establecerse una compensación económica²⁶² en los casos en los que el cónyuge al que se le atribuye el uso por tener la custodia de los menores, tiene capacidad económica, posibilidad ésta admitida en otros ordenamientos como es el caso de Francia (art. 285.1 del Código Civil francés²⁶³).

Mientras esto no suceda, los eventuales desequilibrios que la constitución

261. CUENA CASAS, M, «Uso de la vivienda familiar y compensación al cónyuge propietario». Revista de Derecho Civil, vol. 1, núm. 2, abril-junio 2014. www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/63/40

262. En el Proyecto del Gobierno sobre modificación de la regulación del matrimonio en el CC se preveía que el uso de la vivienda podía corresponder al cónyuge no titular «mediante las oportunas compensaciones». El Grupo Parlamentario comunista propuso, en la enmienda número 124, la supresión de este inciso argumentándose que «al no apreciarse ni la naturaleza ni el alcance de éstas, se abre una vía de inseguridad, pues el cónyuge más débil económicamente bajo una interpretación posible del precepto puede verse privado de una parte sustancial de los beneficios que pueden corresponderle por otros conceptos, en cuanto “compensación” por el uso de la vivienda. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie A; Proyectos de Ley núm 123, de 13 de marzo de 1980.

263. «*Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité paren-*

del derecho de uso puede generar, deben ser valorados con cautela y el «interés más digno de protección» debe ser el motor de su interpretación. Y no cabe duda que el TS ha hecho un esfuerzo en la interpretación del art. 96 CC, supliendo muchas de sus carencias y adaptándolo a la realidad actual, sobre todo, tras la crisis financiera que ha provocado un empobrecimiento generalizado de la población y que ha afectado de forma notable precisamente a la vivienda.

El art. 96 CC presenta carencias notables y requiere de una urgente reforma que lo adapte a la realidad actual, particularmente, como veremos, al fenómeno de la custodia compartida, a la capacidad económica de los cónyuges equilibrando sus posiciones. El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia²⁶⁴ (en adelante, ACP) elaborado por el Ministerio de Justicia (2014) no ha visto la luz. En él se proyecta una reforma del art. 96 CC en donde aclara que, si bien sigue preponderando el interés de los hijos, se dispone en el último párrafo del art. 96.3 (ACP) que «*excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos*». En definitiva, es el interés más necesitado de protección el que debe prevalecer y para determinarlo el juez debe atender a todas las circunstancias del caso concreto.

A mi juicio, este criterio también es defendible en el texto vigente. No obstante, la jurisprudencia ha sido poco clara y, como he dicho, ha evolucionado de forma notable en los últimos años y no siempre en el sentido que autoriza el precepto. A ello me voy a referir en las páginas que siguen.

En relación con el primero de los criterios legales de atribución del uso de la vivienda, el párrafo primero del art. 96 CC establece que «en defecto de acuerdo el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». El titular del derecho de uso es el cónyuge y no los hijos²⁶⁵, a pesar de que el tenor literal del art. 96 CC pudiera hacer pensar que son éstos y no el cónyuge los titulares del mis-

talé sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande.

Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants.

Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient».

264. <http://www.laley.es/Marketing/pdf/Corresponsabilidad%20parental.pdf>

265. Este extremo es aclarado en el art. 233-20 CCCat que se refiere al cónyuge como titular de este derecho.

mo²⁶⁶ (RDGRN de 19 de septiembre de 2007 [RJ 2007, 6167] de 14 de mayo de 2009 [RJ 2009, 3006])²⁶⁷. Por lo tanto, el consentimiento a que se refiere el art. 96.4 CC lo debe prestar el cónyuge usuario y no los hijos²⁶⁸. El cónyuge es titular *per relationem* por su condición de cónyuge con el que conviven los hijos.

Varias cuestiones se suscitan en este precepto. En primer lugar, la de si es defendible la aplicación automática de dicho criterio, de forma que, habiendo hijos comunes, necesariamente el uso debe atribuirse al cónyuge con el que conviven.

A mi juicio, esta norma no implica que en todo caso el uso de la vivienda deba ser atribuido al cónyuge que ostente la guarda de los hijos, sino que se «tipifica» cuando hay hijos, el interés que la ley considera más digno de protección, que es el de ellos. El objetivo es dotar de estabilidad a los hijos garantizándoles el entorno social y escolar que les permita preservar los vínculos establecidos con lugares y personas²⁶⁹ pero no descarta que pueda haber razones que justifiquen que el uso no sea atribuido al cónyuge guardador, sino al otro cónyuge por ostentar el interés más digno de protección, siempre que ello no suponga una desprotección de los hijos²⁷⁰.

266. La cuestión con todo no está exente de polémica. Favorables a entender que el titular del derecho es el cónyuge, ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar...*, cit., pg. 212; RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación...*, cit., pg. 113. MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda...*, cit., pg. 111. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...*, cit., pg. 239. TAMAYO CARMONA, J. A., *op. cit.*, pg. 107. Sentencias de la AP de Navarra de 27 de octubre de 1998 (AC 1998, 2357), Barcelona de 26 de marzo de 1999 (AC 1999, 4544). CABEZUELO ARENAS, L., «Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2008-2, núm. 21, pg. 317. En contra, GARCÍA CANTERO, «Comentario al art. 96 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pg. 410. Con todo, no faltan sentencias que queriendo realmente decir que el criterio a tener presente es el interés de los hijos, consideran a éstos titulares del derecho de uso. Cfr. Sentencia de la AP de Guadalajara de 2 de febrero de 2011 (AC 2011, 819).

267. En la RDGRN de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1667) se deniega la inscripción de un derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido por los padres en convenio regulador a favor de las hijas del matrimonio mientras no sean independientes patrimonialmente. Se deniega la inscripción por no tratarse de un derecho de uso de carácter familiar contemplado en el art. 96 CC. Entiendo que tal derecho habría sido inscribible si se hubiera considerado el derecho real de uso contemplado en los arts. 523 y ss. CC.

268. En contra, PLANES MORENO, M. D., *op. cit.*, pg. 968, quien considera, con base en el tenor literal del precepto, que titulares del derecho de uso son los hijos y el cónyuge custodio, debiendo consentir ambos a la disposición de la vivienda familiar.

269. SALAZAR BORT, *La tutela especial de los hijos...*, cit., p. 149.

270. En este sentido, entiende MARTÍN MELÉNDEZ, T., *Criterios...*, cit., p. 152 y ss que el art. 96.1 CC establece una presunción "iuris tantum" de que el interés más necesitado es el de los hijos. También participa de esta opinión, SALAZAR BORT, *La tutela especial de los hijos...*, cit., p. 92.

En este sentido, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de marzo de 1998 (AC 1998, 410):

«Ha de tenerse en cuenta que cuando el legislador afronta el problema de la atribución de uso de la vivienda familiar está pensando como principio que debe inspirar los criterios de atribución, en “el interés familiar más necesitado de protección”, como se desprende del art. 103.2ª CC. Lo que ocurre es que al abordar dicha medida en el art. 96 presume que ese interés se halla en los hijos del matrimonio e, indirectamente, en el cónyuge al que se confía la guarda de éstos, cuando todos los hijos se confían a un progenitor. Ahora bien, al descansar la determinación del art. 96.1 CC sobre una presunción legal, no constituye tal párrafo un obstáculo para que el uso de la vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge apartado de los hijos cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de sus hijos, el más necesitado de protección». En este sentido recientemente se ha pronunciado el TS en sentencia de 5 septiembre 2011 (JUR 2011, 357822) que atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección y no a los hijos mayores de edad: «ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir».

Por lo tanto, aunque la ley presume que el interés prevalente es el del cónyuge que asume la custodia de los hijos comunes, y mediatamente de éstos (*favor filii*), ello no debe conducir a un automatismo²⁷¹ en la adopción de la

271. En este sentido, manifiesto LÓPEZ-BREA, C., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», en *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales*, Madrid, 2010, pg. 271. TAMAYO CARMONA, J. A., *op. cit.*, pg. 102. SALAZAR BORT, *op. cit.*, pg. 90. CABEZUELO ARENAS, L., «Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar...», *cit.* pg. 313. PINTO ANDRADE, «La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales», AC, 2012, no 21, p. 7. VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”, InDret, Enero 2016, p. 17. DE VERDA Y BEAMONTE, JR., «La atribución del uso de la vivienda familiar en España» Ponencia a las VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, organizadas por el Departamento de Derecho en colaboración con el IDIBE, 14 de octubre de 2015, Instituto de Derecho Iberoamericano, <http://idibe.org/2015/10/05/la-atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar-en-espana-ponencia-a-las-vi-jornadas-internacionales-de-derecho-de-familia-organizadas-por-el-departamento-de-derecho-en-colaboracion-con-el-idibe-14-d/> p. 10. ECHEVARRÍA DE RADA, T, Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual, RCDI N° 757, 2016, 2478.

En contra, LETE DEL RÍO, «Comentarios al artículo 96 CC», en *Matrimonio y divorcio (Comentarios al nuevo Título IV del CC)*, coordinados por LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1992, pg. 1153. PLANES MORENO, M. D., «Los procesos de familia...», *cit.*, pg. 962, quien defiende el automatismo en la concesión del uso de la vivienda al cónyuge con hijos comunes, salvo acuerdo de los cónyuges. CABEZUELO ARENAS, A. L., Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2011 (6237/2011), en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, vol 5º (2011-2012), p. 227. Dykinson,

medida atributiva del uso de la vivienda, sino que deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en orden a la determinación de cuál de los cónyuges debe ostentar la custodia (para tratar de evitar que se reclame la custodia de los hijos comunes solo por y para la obtención del uso de la vivienda familiar)²⁷² y, adicionalmente, valorar el interés digno de protección a los efectos de asignar el derecho de uso sobre la vivienda familiar²⁷³. La interpretación que definiendo se ha acogido en el art. 81.2 del Código de Derecho Foral de Aragón: «cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor». También el art. 233.20.2 del CCCat: «Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta». Se establece una

dirigidos por M. Yzquierdo Tolsada, p. 227. A mi juicio esta posición es excesivamente rígida. ¿Qué sucedería si el cónyuge titular se quedara en situación precaria y el custodio tuviere posibilidad de habitar otro inmueble? ¿Se condena al cónyuge no custodio a la indignancia por el automatismo en la aplicación del art. 96? Creo que la rigidez conceptual en este terreno es negativa y buena prueba de ello es que el art. 96 maneja conceptos jurídicos indeterminados a los efectos de que el Juez pueda valorar todas las circunstancias concurrentes.

272. Así lo pone de manifiesto LÓPEZ-BREA, C., «El derecho de uso de la vivienda familiar», cit., pg. 261: «Es fácilmente verificable cómo en muchos procedimientos matrimoniales contenciosos contrapuestas pretensiones de las partes reclamando cada una para sí la guarda y custodia exclusiva de los menores encubren en realidad disputas sobre el uso exclusivo de la vivienda familiar, superchería que se pone de manifiesto cuando una de las partes condiciona la renuncia a la petición de custodia a la aceptación por la contraparte del acuerdo que propone sobre el uso o destino de la vivienda familiar». También recalca este aspecto GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», Tomo de Jurisprudencia *Diario La Ley* núm. 7206, Año XXX, 29 junio 2009, Ref. D-235, pg. 2, «A nadie puede extrañar, por tanto, que, iniciado el proceso matrimonial, la controversia sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda condicione por completo las demás pretensiones de las partes, hasta el punto de que, en muchos procesos matrimoniales contenciosos, las contrapuestas pretensiones de las partes reclamando para sí la guarda y custodia exclusiva de los menores encubren en realidad disputas sobre el uso exclusivo de la vivienda familiar». Una aplicación flexible del art. 96.1 ha sido postulada en el IV Encuentro de jueces y magistrados de familia <http://www.icaso-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf> GIL MEMBRADO, C., «La vivienda familiar», Madrid 2013, p. 118. Las sentencias del TS de 26 de junio de 2011 (RJ 2011, 23608) y 26 de noviembre de 2011 (RJ 2011, 3021) parten de una aplicación flexible del art. 96.1 CC evitando el automatismo en la concesión del derecho de uso a favor del cónyuge custodio. La clave es el interés de la familia».
273. Más claro a este respecto resulta el art. 233-20.5 CCCat: «Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos».

preferencia a favor del cónyuge custodio, lo que permite evitar el automatismo en la aplicación.

Sin embargo, no ha sido este el criterio mantenido por el TS en la Sentencia de 30 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7387). La sentencia recurrida, con base en la argumentación aquí defendida de una aplicación flexible del art. 96.1 en atención a las circunstancias concurrentes, no atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio quien habitaría en un piso en régimen de alquiler cuyo coste iba a ser abonado por el esposo en su integridad. En el caso enjuiciado la vivienda era propiedad privativa del cónyuge no custodio. El recurso de casación se fundamenta en que el art. 96.1 CC «que es una norma imperativa. Cuando existe una controversia entre los cónyuges, el Art. 96.1 CC establece una solución basada en un "automatismo legal", que hace prevalecer el derecho de uso frente a los derechos de propiedad de la vivienda». El Tribunal Supremo, en la sentencia citada y con base en la doctrina recogida en las sentencias de 1 de abril de 2011 (RJ 2011, 3139), de 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590) y 21 de junio de 2011 (RJ 2011, 7325), señala que *«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. El art. 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio" La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios. El Art. 96.1 CC no permite imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en dicho artículo no es la propiedad de los bienes que constituyen la vivienda, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una solución distinta a la establecida en el art. 96.1 CC, es decir, la atribución de un inmueble diferente, es posible si ambos progenitores lo acuerdan o, incluso sin pacto, se dan circunstancias que lo aconsejen. Pero este supuesto no ocurre aquí, y la adopción de la solución propuesta en la sentencia recurrida implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor».*

Ciertamente, en el caso planteado en esta sentencia, el interés que alegaba el cónyuge no custodio era única y exclusivamente la titularidad privativa del inmueble, el cual no justificaba excepcionar la prioridad que el texto legal establece a favor de los hijos.

Pero no todos los casos son iguales. En el enjuiciado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de enero de 2001 (JUR 2001, 81391) el automatismo en la aplicación del art. 96.1 lleva a una situación dramática difícilmente justificable. La esposa sufría una minusvalía consecuencia de un accidente cerebro vascular que le hacía dependiente de una silla de ruedas

e imposibilitada para realizar sus tareas cotidianas. La vivienda familiar era propiedad privativa de la esposa minusválida y fue privada de la posesión de la vivienda cuyo uso fue atribuido al marido que tenía la custodia de las hijas comunes como imponía «una recta aplicación de lo preceptuado en el art. 96». Un problema de salud provoca que no sólo se pierda ésta, sino también la custodia y encima se tenga que ir «a la calle», pues su vivienda privativa la usará el marido que no tiene problemas de salud que le impidan acceder a una vivienda. Como se puede apreciar, la aplicación rígida y automática del párrafo primero del art. 96 CC puede conducir a resultados indeseables e injustos.

Por el contrario, si se mantiene –como definiendo– que existe una *presunción* de que el interés más necesitado de protección es el de los hijos, no es de extrañar que después de la valoración de todas las circunstancias concurrentes, existan supuestos en los que no se ha atribuido el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, valorándose la capacidad económica de éste para poder ubicarse en otro inmueble distinto evitando así que el progenitor propietario de la vivienda familiar se vea despojado del inmueble²⁷⁴. Atendiendo a un cri-

274. Así, en la sentencia de la AP de Navarra de 28 de junio de 2000 (AC 2000, 1677), se otorga el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio: «al descansar la determinación del art. 96.1 CC sobre una presunción legal, podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar al cónyuge apartado de los hijos, cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de sus hijos, el más necesitado de protección; y es que puede ocurrir que la guarda y custodia de los hijos se confíe a un progenitor por ser el más adecuado, en atención al *favor filii*, pero que, sin embargo este guardador disponga de otra vivienda adecuada a sus necesidades y a la de sus hijos, mientras que el otro progenitor, titular de la vivienda familiar, carece de otra; en tal caso no estaría justificado por el interés de los hijos desposeer al titular de la vivienda del uso de ella». Un caso extremadamente llamativo es el resuelto por el auto de 1 de septiembre de 2007 del Juzgado de Primera Instancia núm.2 de Chiclana de la Frontera que ante un caso de maltrato, se decreta una orden de alejamiento contra el marido y, no obstante, se le atribuye el uso de la vivienda familiar debiendo marcharse la esposa e hija al domicilio de los abuelos maternos. Se justifica tal medida en que si el alejamiento conlleva la expulsión del denunciado de su casa se le está condenando a la más absoluta marginalidad pues carece de familia en Chiclana de la Frontera ni de personas que puedan acogerle; actualmente paga una letra mensual por una casa que ha adquirido, la hipoteca del domicilio conyugal, de tal suerte que si ha de buscar alojamiento, no le quedará prácticamente nada de dinero con el que pagar la manutención de la hija que tienen en común, siendo el interés de esta última el que ha de prevalecer a la hora de adoptar cualquier decisión; así las cosas, parece razonable que sea el denunciado el que permanezca en el domicilio, conyugal y que la denunciante vuelva a la casa de sus padres como hizo anteriormente, lo que demuestra que las necesidades de un techo para ella y su hija las puede tener perfectamente cubiertas, cosa que no sucede en el caso del denunciado. También se atribuye el uso al cónyuge no custodio en sentencia de la AP de Orense de 19 de julio de 200; Pontevedra, 14 de junio de 2007; Málaga 13 de junio de 2007 (JUR 2007, 366143); Cáceres 15 de marzo de 2007 (JUR 2007, 264556); Valencia 14 de marzo de 2006 (JUR 2006, 179971); Vizcaya, 7 de febrero de 2006 (JUR 2006, 155398).

terio de interpretación teleológica del art. 96 CC, aun cuando se piense que la finalidad de dicho precepto no es solo cubrir la necesidad de vivienda de los hijos, sino también mantenerlos en un entorno de vida similar al que tenían antes de la ruptura, no se ve qué perjuicio puede causarles el cambio de domicilio si la nueva vivienda se encuentra en el mismo entorno geográfico y tiene similares características a la anterior²⁷⁵.

La restrictiva interpretación del art. 96.1 CC de la que ha hecho gala el TS ha tenido también reflejo en la solución que ha dado al problema de si es posible limitar temporalmente el uso de la vivienda hasta que se produzca la liquidación de gananciales. En este sentido, la sentencia de 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139), señala en relación con el art. 96.1 CC que *«esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor»*. La misma doctrina se ha mantenido en numerosas sentencias posteriores SS TS 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590), 21 de junio de 2011 (RJ 2011, 7325), 28 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6048). Sí se admite la fijación de un plazo del uso habiendo menores en la sentencia TS de 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 223743) en un caso en el que transcurrido el cual se aseguraba la disponibilidad de otra vivienda que cuando se decreta el divorcio, se encontraba arrendada.

Afortunadamente el TS en sentencia de 29 marzo 2011 (RJ 2011, 3021) no toleró una pretensión absolutamente abusiva de la recurrente por la que pretendía la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar, a pesar de que había abandonado dicho domicilio para irse a vivir con su pareja. Es de agradecer que en este caso, el sentido común se impusiera en la sentencia y señalara el TS que *«cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular*

275. SANTOS MORÓN, M.J, «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de atribución de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencia y Anteproyecto de reforma». Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341 2216 vol. I, núm. 3 (julio septiembre, 2014) Estudios, pp. 1 36

de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC».

También ha admitido el TS la posibilidad de división material del inmueble que constituye la vivienda familiar “cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad. STS 30 de abril de 2012 (RJ 2012, 5235)²⁷⁶.

Sumamente restrictivo es el TS con la posibilidad de que el uso no recaiga sobre la vivienda familiar, sino sobre otra residencia de la que sean titulares los cónyuges²⁷⁷. Falta en el CC una norma como la contenida en el art. 22.20.6 CCCat que establece que «la autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos». Así se dispone igualmente en el art. 12.6 de la Ley 7/2015 del País Vasco, «El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado».

El TS ha aclarado y creo que con acierto, que el derecho de uso no puede recaer sobre otra vivienda distinta a la *familiar* (Sentencias del TS de 31 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6550), 9 de mayo de 2012 (RJ 2012, 5137): «en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar». Doctrina confirmada por la sentencia de unificación de doctrina de 3 de marzo de 2016 (RJ 2016, 758). En este caso no se discutía si al cónyuge custodio se le puede conceder el uso de vivienda distinta a la familiar, sino que era el otro cónyuge el que se quería atribuir el derecho de uso de otro inmueble. En la última sentencia citada, se atribuía el uso de la vivienda familiar al cónyuge que tenía la custodia del menor y se deniega la petición del otro cónyuge de que se le atribuya el uso del inmueble que constituía segunda residencia.

276. Vid. LEGERÉN MOLINA, A, Antonio Comentario a la Sentencia de 30 de abril de 2012. CCJC, núm 90, 2012 (BIB 2012/2986).

277. VERDERA IZQUIERDO, B, «La atribución del uso de otras viviendas distintas a la familiar. Las segundas residencias». Revista de Derecho de Familia núm 74/2017 (BIB 2017/10767).

Lo que aquí interesa es si es posible que al cónyuge que tiene la guarda de los hijos pueda serle adjudicado el uso de una vivienda distinta de la familiar. Pues en este punto, se aprecia una flexibilidad en la interpretación del TS. La sentencia del TS de 26 de enero de 2015 (RJ 2015, 355) atribuye la segunda residencia al considerar que en el caso particular queda igualmente salvaguardado el interés del menor y se llega a un equilibrio con el derecho de propiedad del esposo sobre la vivienda habitual: «La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 CC, es la de proteger el interés del menor asegurándole en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda familiar. Pero ello *no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse al dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar*. Entendemos que, si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre». En el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 5 noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135), 19 de noviembre (RJ 2013, 7447), 3 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7834).

Digna de mención es la argumentación de la sentencia del TS de 17 de junio de 2013 (RJ 2013, 4375) que, aunque referida a justificar la atribución del uso al cónyuge y menores de un bien distinto a la vivienda familiar, bien valdría para fundamentar la interpretación flexible del art. 96.1 CC que propugno: «*El interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros*».

Por más que la norma parta de que los hijos son los más necesitados de protección, ello no puede conducir a ignorar todos los factores concurrentes, de forma que la satisfacción de la necesidad de alojamiento pueda cubrirse por otras vías igualmente satisfactorias. Debe huirse de una aplicación rígida de la norma y de un automatismo en la atribución del uso de la vivienda al cónyuge que ostenta la custodia de los hijos.

2.1.2. *Hijos a los que se refiere el párrafo primero del art. 96 CC. La situación jurídica de los mayores de edad dependientes económicamente*

El segundo problema de interpretación que suscita el párrafo primero del art. 96 CC es saber a qué hijos se alude.

El precepto se refiere a hijos *comunes* de los cónyuges, no abarcando a los hijos que sólo lo sean uno de los cónyuges²⁷⁸. Esta especificación es realizada expresamente en el art. 233-20.2 CCCat. Ello puede dar lugar a situaciones un tanto insólitas. Si el progenitor no custodio –propietario del inmueble– tiene un hijo de una relación anterior del que sí ostenta la custodia, es obvio que seguirá viviendo con él, y si el resto de hijos comunes viven con la madre, podría suceder que el padre e hijo de matrimonio anterior tuvieran que abandonar la vivienda si el juez atribuye el uso a favor de los hijos comunes del matrimonio, que serían los únicos tenidos en cuenta por la norma. Si la esposa que tuviera la custodia de los hijos comunes y a su vez tuviera un hijo de una relación anterior, el marido vería como su propio hijo debe abandonar la vivienda de su propiedad y cómo el hijo de su exmujer vive en la vivienda familiar de su propiedad. Aunque esta hipótesis pueda ser poco probable no deja de ser llamativa. De ahí que se haya señalado con acierto que hay que tener en cuenta los intereses comunes de los hijos del matrimonio y los no comunes del propietario del inmueble²⁷⁹.

El precepto no utiliza el término «custodia», sino que se limita a decir que se atribuye el derecho del uso «a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quede». El tenor literal del precepto permitiría acoger no solo a los hijos menores, sino también a los mayores de edad dependientes económicamente²⁸⁰. Ello justificaría además la falta de mención explícita en el precepto a los mayores de edad dependientes que, en consonancia con lo dispuesto en el art. 93.2 CC referido a la pensión de alimentos, permitiría que la necesidad de alojamiento quedara cubierta por el derecho de uso sobre la vivienda. Al igual que lo que acontece con el art. 93.2, que atiende a la convivencia de los hijos mayores que carecieran de ingresos propios como criterio para fijar la pensión de alimentos en el proceso matrimonial, semejante criterio debe tenerse en cuenta en el art. 96 CC respecto de la atribución del uso de la vivienda que cubriría la necesidad de alojamiento valorable en la fijación de la pensión de alimentos²⁸¹.

278. Sentencia de la AP de Almería de 5 de noviembre de 1999 (AC 1999, 7599).

279. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *op. cit.*, pg. 85.

280. ABAD ARENAS, E., «La atribución del uso de la vivienda cuando existen hijos mayores de edad convivientes», *El consultor inmobiliario*, La Ley 2009.

281. SAP de Málaga de 26 de septiembre de 2000 (JUR 2001, 77), de Zaragoza de 11 de mayo de 2004 (JUR 2004, 181179), de Madrid, de 5 de julio 2002 (JUR 2003, 27636), de Jaén de 25 de enero de 2007 (JUR 2007, 156998) y de Asturias de 26 de julio de 2007 (JUR 2007, 341155).

¿Tienen los hijos mayores de edad derecho a que su necesidad de alojamiento se cubra en la misma vivienda familiar? ¿Justifican sus necesidades la limitación al derecho de propiedad que el derecho de uso comporta? Si la norma se refiere solo a los menores, llegada su mayoría de edad ¿se extingue automáticamente el derecho de uso?

Esta cuestión ha sido objeto de un debate doctrinal intenso y se ha reflejado en varias sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre este particular, apreciándose una evolución en la interpretación que muchos consideran un cambio de criterio y otros –entre los que me incluyo– entendemos que estas resoluciones judiciales ponen de relieve el criterio aquí defendido: el motor del art. 96 CC es que el uso se conceda en función del interés más necesitado de protección. En cada caso habrá que acreditarlo.

La *primera línea de interpretación posible* y acorde con el tenor literal es entender que el precepto alude tanto a los hijos menores como los mayores de edad dependientes económicamente, porque la atribución de la vivienda en este último caso se asienta en el derecho de alimentos que incluye la cobertura de la necesidad de alojamiento (art. 142 CC). Según esta línea de interpretación, la protección de los mayores de edad dependientes económicamente se ubicaría, al igual que la de los menores, en el art. 96.1 CC. Tal interpretación vendría avalada por el criterio sistemático, por cuanto el párrafo tercero del art. 96 CC se refiere al supuesto de que no haya hijos. No se dice como en el art. 233-20.3 CCCat «si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad». En el art. 96.1 CC no se distingue y el precepto huye de la palabra «custodia». La ley presume que el interés más necesitado de protección es el de los hijos, mayores o menores dependientes económicamente, de forma que también para éstos ha de prolongarse el derecho de uso²⁸².

La otra opción de interpretación del art. 96.1 CC es entender que a los hijos a los que se refiere son a los menores²⁸³ y que el fundamento de la norma

282. CERVILLA GARZÓN, La atribución del uso cit., p. 39; FERNÁNDEZ GIL, «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad», en *Derecho de Familia*, coord. por Díez-Picazo Gimenez, Navarra, 2012, p. 1408. SALAS CARCELLER, A, «La atribución de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales». Comentario a la sentencia de la Sala primera del TS 596/2015, de 30 de octubre (Rec.2267/2013), *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 2/2016 (BIB 2016/208), p. 1.

283. ROCA TRÍAS, E, «Comentario al artículo 96 CC» en *Código Civil comentado*, vol. 1°, dirigido por Cañizares Laso, A, De Pablo Contreras, P, Orduña Moreno, J, Valpuesta Fernando, R, Thomson Reuters Civitas, 2011, p. 525 si bien entiende que «también puede ser que se acuerde su uso por un tiempo posterior, siempre que sean acreedores de alimentos o bien cuando tienen necesidades especiales». DE VERDA Y BEAMONTE, JR., «La atribución del uso...», cit., p. 12: Es evidente que, aunque el art. 96.1 CC habla de “hijos”, ha de aplicarse, exclusivamente, a los hijos menores de edad. Si la razón por la cual el precepto atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor con quien convive

es garantizar la continuidad de los menores en el entorno en el que han convivido y han sido educados. La protección del interés del menor en el uso de la vivienda familiar no se extiende a los mayores de edad, de tal suerte que cuando los hijos son mayores la atribución del uso de la vivienda debe hacerse con arreglo a las normas generales del CC sobre atribución al cónyuge no titular si ostenta el interés más necesitado de protección (STS 30 de marzo de 2012 [RJ 2012, 4584]). Se argumenta para sustentar esta posición la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional (art. 39 CE), no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo que una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el art. 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

A mi juicio, el argumento ex art. 39.3 CE no debe llevar a excluir a los mayores de edad del art. 96.1 CC. Nada tiene que ver una cosa con la otra. Según el precepto constitucional, los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos menores de edad. Que también se conceda el derecho de uso a los mayores hasta su independencia económica, no implica dar menor protección a los menores. Otra cosa es que se acuda a tal precepto constitucional para defender un automatismo en la concesión del uso al cónyuge custodio que el art. 96.1 CC no contempla.

Así mismo, se entiende que no cabe 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 que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

«Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor

el hijo radica en el hecho de que tiene encomendada su custodia, es evidente que esta circunstancia no concurre allí donde, alcanzada la mayoría de edad de los hijos, ha tenido lugar la extinción de la patria potestad». Lo que pasa es que el precepto no se refiere a custodia.

de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los arts. 142 y siguientes del CC, [...] En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC, según el cual «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Esta es la doctrina sustentada por la sentencia del Tribunal Supremo en sentencia de 5 de septiembre 2011 (2011/6237), de unificación de doctrina.

A mi juicio, el argumento a favor de que la tutela de los mayores de edad dependientes se encuentra en el art. 96.1 deriva del propio texto legal. Sabido es que el art. 149 CC permite que el alimentante pueda tener al alimentista en su compañía o pagando una pensión. Si los hijos siguen en compañía del otro cónyuge, la ley –nos guste o no– entiende que pueden hacerlo en la vivienda familiar, presumiéndose que ostentan el interés más necesitado de protección. Cosa distinta es que exista «otro» interés más relevante que aconseje la extinción del derecho de uso, lo cual habrá de acreditarse a través de un procedimiento de modificación de medidas. Y es que la mayoría de edad de los hijos no necesariamente supone que su interés deje de ser valorado. Habrá que efectuar el contraste con el resto de intereses en juego que es lo que, a mi juicio, realmente hace la sentencia del TS de 5 de septiembre de 2011, negando el automatismo en la atribución del derecho de uso cuando se trata de hijos mayores de edad²⁸⁴. Para ello no hacía falta que expulsara a los mayores de edad del art. 96.1 CC, sino considerar que siempre y en todo caso (haya

284. Que lo que se niega es el automatismo en la atribución del derecho de uso queda claro en la doctrina emanada de la sentencia del TS de 11 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7262), que sostiene que la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso «deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia

mayores o menores) es el interés más necesitado de protección el que debe valorarse. No otra cosa hace el TS en dicha sentencia, si tenemos en cuenta los hechos que enjuicia.

Efectivamente, esta correcta valoración del caso concreto es lo que hace el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de septiembre (2011/6237), de unificación de doctrina, que se cita como *cambio de criterio* en relación la posición de los mayores de edad y el derecho de uso sobre la vivienda familiar. En esta sentencia lo que hace el TS es hacer prevalecer el interés del cónyuge con el que los hijos no conviven por estimar que es el más necesitado de protección. La decisión, atendiendo las circunstancias del caso concreto, me parece acertada en cuanto al resultado, si bien no estoy de acuerdo en que la situación jurídica de los mayores de edad se ubique en el art. 96.3. CC pues no hacía falta reconducir al supuesto a tal párrafo. Como he dicho, el interés más necesitado de protección es el principio que informa los criterios de atribución en todos los casos. Cosa distinta es que se presuma que cuando hay hijos –mayores dependientes y menores– el interés más digno de protección sea el de éstos, salvo prueba en contrario y evitando un automatismo en la aplicación de la regla. El problema no está tanto en si los mayores están en el párrafo primero o en el tercero, sino en el automatismo del que ha venido haciendo gala el TS en la aplicación del párrafo primero, el cual no parece admisible en ningún caso y menos cuando se trata de mayores de edad.

Conviene detenerse en los hechos que enjuicia la sentencia citada porque avalan la tesis que aquí se mantiene, aunque a priori pueda parecer lo contrario. El pleito se inicia con una demanda de divorcio por la esposa en la que, entre otras medidas definitivas, solicita una pensión compensatoria a cargo de su marido de 700 € mensuales. Como fundamento de tal pretensión alega el desequilibrio que la ruptura matrimonial le había ocasionado por su dedicación exclusiva al cuidado de la familia durante los 24 años que duró el matrimonio, su falta de ingresos y absoluta dependencia económica de su marido, los 46 años de edad y su falta de experiencia y de formación laboral. El Juzgado de Primera Instancia declaró la disolución del matrimonio y, entre otras medidas, atribuyó el uso de la vivienda a los hijos del matrimonio y a la esposa hasta el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, además de una pensión de 150 € mensuales en concepto de alimentos para cada uno de los hijos, así como 400 € mensuales para la esposa como pensión compensatoria. Recurrida la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó en parte los recursos de apelación y falló asignando el uso de la vivienda familiar al marido y a los hijos, hasta que éstos concluyan su formación, «por lo que

con otras circunstancias sobrevenidas». En el mismo sentido la sentencia del TS de 14 de marzo de 2017 (RJ 2017, 878).

la prestación de alimentos se hará personalmente por el padre, recibiendo y manteniendo en su propia casa a los hijos»; y estableciendo en concepto de pensión compensatoria la suma de 500 euros durante el plazo de 15 años.

La esposa recurre la sentencia ante el TS alegando que no cabe atribuir el uso de la vivienda al hijo mayor de edad y al cónyuge en cuya compañía se quede, en atención al interés de aquél, «sino que ha de valorarse únicamente el interés de los cónyuges y adjudicarse al que tenga un interés más necesitado de protección». En el presente caso –dice la esposa–, aunque los hijos seguían siendo dependientes económicamente, no manifestaron desavenencias con la madre en el juicio de medidas provisionales y desde entonces vivieron con ella, siendo evidente que el interés más digno de protección es el de la esposa, valorando las circunstancias antedichas. En el escrito de oposición al recurso, el esposo señala que la Audiencia lleva a cabo una valoración correcta del interés más necesitado de protección ya que asigna la vivienda al padre e hijos mayores que quedan a su cargo, tras valorar la voluntad de los propios hijos de convivir con aquél y los gastos a cargo del padre, que le dejan una cantidad líquida para satisfacer las necesidades suyas y las de sus hijos, de menor cuantía que la que le corresponde a la madre por pensión compensatoria.

El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia recurrida, únicamente en el particular relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, adjudicándolo a la esposa hasta que tenga lugar la liquidación del régimen económico matrimonial.

Lo que realmente recalca el TS en esta sentencia es que la decisión del mayor de edad no es ni debe ser determinante para la atribución del uso de la vivienda familiar cuando concurre otro interés más necesitado de protección que es el que realmente estima la sentencia: considera que es la madre la que merece protección y debe tener el derecho de uso porque lo acredita. Si los hijos convivieran con ella a lo mejor no tendría que acreditarlo. Ahí reside la diferencia entre el criterio del art. 96.1 y 96.3 CC²⁸⁵.

Esta sentencia lo que valora es el interés más necesitado de protección en la línea defendida en el presente trabajo. Si el progenitor que no convive con sus hijos tiene perfectamente satisfecha su necesidad de vivienda y no desea que los hijos convivan con él, no habría fundamento para exigir la extinción

285. Vid. SS 30 de marzo 2012 (RJ 2012, 4584) y 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10432), 12 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2090), 29 de mayo 2015 (RJ 2015, 2273), 17 de marzo 2016 (RJ 2016, 978), 19 de enero de 2017 (2017/274). En todas ellas se produce una valoración de las circunstancias concretas que aconsejan el cese del derecho de uso tratándose de mayores de edad. Idéntico criterio que, a mi juicio, debe seguirse en el art. 96.1.CC. Esta jurisprudencia evita el automatismo en la aplicación de la medida. Nada más.

del derecho de uso hasta que no fueran independientes económicamente los hijos mayores de edad. No es que el derecho de los mayores de edad se imponga, sino que lo que se protege es el interés más necesitado de protección.

La atribución del uso de la vivienda, caso de producirse, hay que computarla como una prestación de carácter alimenticio²⁸⁶ en especie (art. 93.2 CC). Si se trata de hijos menores, la ley presume su estado de necesidad y en el caso de hijos mayores de edad, éste habrá de ser probado. La ley tiene presente en el art. 93 CC la situación de hijos mayores de edad o emancipados que carezcan de ingresos propios, pudiéndose fijar una pensión de alimentos en el proceso de separación y divorcio de los padres, y ello por virtud de un criterio de economía procesal. En este sentido, acreditado dicho estado de necesidad de los hijos mayores, podrá atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge que conviva con ellos²⁸⁷, lo cual es bien distinto que afirmar que porque tienen derecho de alimentos es preciso atribuir el uso de la vivienda familiar²⁸⁸. Los mayores de edad por el mero hecho de tener derecho de alimentos, no tienen derecho al uso de la vivienda. Tal derecho se lo da el art. 96.1 CC, siempre y cuando el otro progenitor no satisfaga la necesidad de vivienda de sus hijos, teniéndolos en su compañía, tal y como dispone el art. 149 CC.

A mi juicio, la ley presume que el interés más necesitado de protección es el de los hijos, menores y mayores de edad dependientes económicamente. La clave está en negar el automatismo de la medida, tanto en su concesión como en su extinción. Ni automáticamente debe concederse el uso a los hijos (mayores o menores) y al cónyuge, ni automáticamente debe extinguirse cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad. Cuando concurre otro interés más necesitado de protección, tal derecho debe ceder. Piénsese por ejemplo que, habiendo menores, el cónyuge custodio tiene más patrimonio que el otro cónyuge²⁸⁹. En este caso, tal y como hemos visto, se ha admitido que los menores residan en otra vivienda de forma que se atiendan correctamente sus necesidades²⁹⁰, evitándose el automatismo en la aplicación del art. 96.1 CC. Como con acierto

286. SANTOS BRIZ, J., *Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales, El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, pg. 222.

287. Por el contrario, para GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, la mayoría de edad de todos los hijos o su salida del hogar por matrimonio hará necesaria una nueva decisión judicial, pues el supuesto integraría la hipótesis del párrafo 3 en la que el interés del cónyuge sólo se valora más estrictamente. La hipótesis de patria potestad prorrogada (art. 171) no obligaría a nuevo pronunciamiento judicial.

288. Planteamiento criticado por SALAZAR BORT, S., *op. cit.*, pg. 65.

289. STS 3 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7834): No se concede el uso al cónyuge custodio por su alta capacidad económica que le permitía pagar un alquiler de 1800 euros. Vid. también STS de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135).

290. STS 24 octubre 2014 (RJ 2014, 5180).

se ha señalado, la idea que parece presidir la redacción del art. 96.I CC es la de que los menores se queden, precisamente, en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, presuponiendo que esta solución es la más favorable. Ahora bien, la aplicación de este precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede interpretarse con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del padre no custodio a la posibilidad de tener una residencia propia²⁹¹. Y esto pasa a mi juicio, ya sean los hijos mayores o menores. La minoría de edad de los hijos no puede condenar a la exclusión social del otro progenitor, igual que tampoco a los hijos mayores de edad.

El alimentante es libre de elegir entre mantener en su propio domicilio al hijo mayor de edad o abonarle una pensión (art. 149 CC). Esta es la clave que diferencia la situación de los menores y los mayores de edad. Por lo tanto, si el otro cónyuge no quiere ejercitar esta opción (cosa que sucede habitualmente cuando ha contraído nuevo matrimonio o ha rehecho su vida), no debe extinguirse el derecho de uso alegando que por ser mayores de edad sus hijos no tienen derecho a vivir en las mismas condiciones que cuando eran menores. Entiendo que este planteamiento es insostenible si no se alegan otras circunstancias que justifiquen la extinción del derecho de uso²⁹² por ser otro el interés más necesitado de protección. Creo que el TS gira su interpretación en la dirección correcta, aunque la argumentación utilizada para llegar a tal resultado sea, a mi juicio, bastante discutible. No hace falta forzar el tenor literal del art. 96.3 CC que expresamente se refiere a la hipótesis de que no haya hijos. Decir que incluye a los hijos mayores de edad es tanto como considerar que la condición de «hijo» desaparece cuando cumple 18 años, lo cual es ridículo. Basta interpretar el art. 96.1 de forma que su aplicación no sea automática (tanto cuando hay menores como cuando hay mayores) para llegar al mismo resultado sin forzar la letra de la ley. Y desde luego, si se quiere que el régimen jurídico del uso de la vivienda familiar cambie cuando hay hijos mayores de edad, deberá ser el legislador el que lo haga y no el TS²⁹³. No hay, a mi juicio, base legal para entender automáticamente extinguido el derecho de uso cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad. La protección del interés

291. DE VERDA Y BEAMONTE, JR., «La atribución del uso...», cit., p. 9.

292. En este sentido, FORCADA MIRANDA, *op. cit.*, pg. 30. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial...*, cit., pg. 198. MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar...*, cit., pg. 95; PLANES MORENO, *op. cit.*, pg. 969. Al respecto cfr. sentencia de la AP de Navarra de 3 de octubre de 1994 (AC 1994, 2433), Tarragona de 6 de octubre de 1995 (AC 1995, 1994), Cáceres 15 de marzo de 2007 (JUR 2007, 264556), León de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 27787).

293. Es cuando menos curioso que el ponente de estas sentencias sea prácticamente siempre el mismo.

superior del menor no es incompatible con la protección de los mayores de edad dependientes económicamente.

2.1.3. Mayor de edad discapacitado y uso de la vivienda familiar

Como ya he señalado repetidamente, el criterio de atribución del uso de la vivienda familiar es el interés más necesitado de protección, presumiéndose que éste lo ostentan los hijos y el cónyuge en cuya compañía queden. También entiendo que esta preferencia (que puede ceder ante la prueba en contrario de otro interés más digno de protección) afecta a todos los hijos comunes, ya sean menores o mayores de edad que no sean independientes económicamente. Donde la ley no distingue, no debemos distinguir, sin que la protección del interés superior del menor se vea afectado por el hecho de que también se protejan a otros hijos que no sean menores. Esta interpretación que mantengo que goza del apoyo del tenor literal de la ley resuelve muchos problemas porque permite el ajuste de decisión sobre el uso de la vivienda a las circunstancias concretas, evitándose un automatismo en su aplicación que puede generar situaciones injustas. Ya he citado algunos ejemplos.

Y uno de los problemas que resuelve es que, cuando concurren circunstancias particulares en los hijos, no se hace necesaria mención especial porque se solucionan con dicha interpretación. De esta forma, cuando hay hijos incapacitados o discapacitados, la solución es la misma: se presume que su interés es el más digno de protección, salvo prueba en contrario. Así ha sucedido en varios supuestos a los que he hecho referencia en el epígrafe anterior. Debe huírse, pues, del automatismo y ser el interés más necesitado de protección el que inspire la aplicación de la norma.

Por el contrario, si se aplica de manera automática el art. 96.1 CC, ello puede conducir a resultados injustos que el TS ha paliado restringiendo a los menores su ámbito de aplicación y expulsando a los mayores de edad al art. 96.3 CC, en contra de su tenor literal. Creo que es una interpretación que no tiene apoyo legal ni es sostenible con base en los criterios legales de interpretación del art. 3 CC. El Tribunal Supremo está haciendo una interpretación *correctora*²⁹⁴ de una norma con la que no está conforme porque «puede expropiar los derechos del propietario del inmueble» (sentencia del TS 19 de enero de 2017 [RJ 2017, 20694]). El problema es que los cambios legales les corresponde hacerlos al legislador, no al Tribunal Supremo.

294. Esto no lo afirmo solo yo, sino el propio Magistrado don José Antonio Seijas Quintana quien expresamente dice: «El magistrado está yendo un paso más allá que el legislador en el ámbito familiar». <http://www.laopinioncoruna.es/contraportada/2016/03/05/magistrado-yendo-paso-legislador-asuntos/1047875.html>

Al no admitir que en el art. 96.1 CC están todos los hijos, en contra –insisto– del tenor literal de la norma, se plantea el problema de lo que acontece con los incapacitados y los discapacitados. Como el Tribunal Supremo distingue donde la ley no lo hace, surge este problema.

En relación con los incapacitados, es doctrina consolidada del TS la equiparación de los hijos incapacitados a los menores en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar con base en el art. 96.1 CC (cfr. Sentencias del TS de 21 de junio de 2011 (RJ 2011, 7325), de 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590), 30 de mayo de 2012 (RJ 2012, 10135), 19 de enero de 2017 (RJ 2017, 20694)). Se argumenta que su interés es el más necesitado de protección y deben ser incluidos en el art. 96.1 CC que no distingue entre menores e incapacitados, interpretación que está en consonancia con la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre de 2007 y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto de adaptación de la normativa a dicha Convención (STS 30 de mayo de 2012 (RJ 2012, 10135)). En este caso, como vemos, el que la ley no distinga, sirve de base para la protección de los incapacitados. No así para los mayores de edad. Como se puede apreciar, no hay criterio seguro.

Como parece que según las recientes sentencias del TS (de las que es ponente en su mayoría en el magistrado don José Antonio Seijas Quintana), los mayores de edad quedan fuera del art. 96.1 CC y de la preferencia que dicho precepto contiene trasladando su régimen al art. 96.3 CC, aunque tal supuesto se refiera a cuando no hay hijos, hay que plantearse lo que pasa con un mayor de edad discapacitado no incapacitado judicialmente. Es la interpretación del TS la que ha generado a su vez este problema.

Como es sabido, la discapacidad no origina un nuevo estado civil y puede suceder que no haya tenido lugar la incapacitación judicial si no está comprometido el autogobierno del que la padece. En el Derecho español no hay un criterio uniforme en relación a qué debemos entender por discapacidad²⁹⁵, definiéndose por distintos textos legales a determinados efectos²⁹⁶. Según el art. 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

295. Sobre el concepto de discapacidad y la problemática que encierra GALLEGO PARAGÓN, JM, «La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada» Revista Quincena Fiscal, núm. 3/2011 (BIB 2011/77).

296. Así, por ejemplo, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, se dirige a favorecer la creación de patrimonios separados de los que son titulares personas con discapacidad. En su art. 2.2. considera personas discapacitadas a los efectos de esta ley: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

de 13 de diciembre de 2006 (ratificado por España en 2008) «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Tal ratificación implica la asunción por parte de España de las obligaciones enumeradas en el art. 4 de la Convención lo que implica que allí donde esté una persona con discapacidad deberán notarse los principios de la Convención promoviendo, además de la no discriminación, la igualdad y la supresión de barreras no sólo físicas sino intelectivas (de conocimiento)²⁹⁷.

La sentencia del TS de 19 de enero de 2017 (RJ 2017, 20694) se plantea el problema de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando uno de los hijos comunes es una hija mayor de edad discapacitada, que no ha sido objeto de incapacitación judicial. La hija padece una esquizofrenia que le impide vivir sola y precisa de la ayuda de un tercero para su control, especialmente con la medicación. La vivienda familiar era privativa del marido y la sentencia de instancia concede el derecho de uso a la madre quien convive con los hijos comunes, y lo hace por un periodo de tres años, con base en el art. 96.3 CC. La esposa interpone recurso de casación alegando que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 96.1 CC y la doctrina del TS en sentencia de 30 de mayo de 2012 que atribuyó el uso de la vivienda en caso de un hijo incapacitado mayor de edad al cónyuge que se encargó de su guarda y lo hizo con base en el art. 96.1 CC. La recurrente reclama que los hijos discapacitados se equiparen a los menores y que el uso de la vivienda se le conceda con carácter indefinido.

El TS niega que se puedan equiparar los mayores discapacitados a los menores y que los discapacitados no pueden recibir el mismo régimen que los incapacitados.

Para ello parte de la premisa, ya destacada en sentencias anteriores, de que el 96.1 CC va dirigido a proteger a los menores y que la discapacidad no justifica un trato distinto al establecido con carácter general en la ley y, sobre todo, por entender que afirmar lo contrario supone que supondría una expropiación de la propiedad a uno de los cónyuges, en este caso al marido: «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

297. ROVIRA SUEIRO, M.E, «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: su impacto en el ordenamiento español», en Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas, (Rovira Sueiro, M. E, y Legerén Molina, A, Thomson Reuters Aranzadi 2015, p. 49.

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 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».

La misma argumentación llevaría a tratar a los mayores incapacitados como «mayores de edad» porque también queda «amortizada» la propiedad de manera indefinida. Sin embargo, no es así, pues, como he dicho, cuando hay incapacidad, el uso se concede con base en el art. 96.1 CC. En cambio, en esta sentencia al discapacitado se le trata como a un mayor de edad sin discapacidad y el supuesto se reconduce al art. 96.3 con un uso temporal. La solución me parecería correcta si, transcurridos tres años, el padre recupera la posesión sobre su propiedad y también la guarda de la persona discapacitada con base en el art. 149 CC. Como se señala en la sentencia, «una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores», la cual podrá ser cumplida por el propietario acogiendo a la hija en su casa.

Lo que está claro es que el TS en esta sentencia trata de forma idéntica, situaciones diferentes: no es lo mismo un mayor de edad con discapacidad que sin ella. Y, sobre todo, como he dicho, se llega a esta solución por una vía no autorizada por el tenor literal del art. 96.1 cuyo criterio atribuir el uso al cónyuge que tenga a los hijos en su compañía. Por eso creo que solo si el propietario de la vivienda pasa a residir con sus hijos, cabría plantear la extinción del derecho de uso. Recuperar la posesión de la vivienda y no las cargas que comporta la guarda de los hijos, creo que no viene autorizado por el texto legal. Habrá que esperar a que se plantee el caso de un hijo con discapacidad física que requiera una adaptación de la vivienda ¿Permitirá el TS que abandone la vivienda, recupere la posesión el propietario y el otro progenitor tenga que procurarse la adquisición de otra vivienda y adaptarla a las necesidades del discapacitado? Con el criterio mantenido en esta sentencia, parece que el cónyuge que se ocupa de la guarda del discapacitado deberá procurarse otra vivienda porque para el TS prevalece el derecho de propiedad del otro progenitor. Disiento absolutamente de la doctrina emanada de esta sentencia que

considero injusta y, sobre todo, contradice el espíritu y finalidad del art. 96 CC que da preferencia al interés de los hijos.

2.1.4. *La guarda «repartida» de los hijos*

Al vincular la atribución del uso de la vivienda a la guarda, se plantea el problema de lo que sucede cuando, a pesar de que la tendencia es a no separar a los hermanos, (art. 92.2.5 CC), el cuidado de los mismos se reparta entre ambos cónyuges *guarda repartida*). El párrafo segundo del art. 96 CC no aporta ningún criterio limitándose a señalar que «el Juez resolverá lo procedente». De nuevo emerge el criterio del «interés más necesitado de protección» que en este caso deberá acreditarse, pues no se presume a favor de los hijos menores. Obsérvese que en este párrafo tampoco el precepto distingue entre hijos mayores y menores de edad. Si el art. 96.1 se refiriera solo a los menores, tal y como viene siendo admitido por la jurisprudencia, a mi juicio, con una interpretación forzada del precepto vinculada al art. 39 CE, lo lógico es que en el caso de que la guarda de los hijos fuera repartida, debería haberse concedido el uso a quien ostentara la guarda de los menores (si la pareja tiene hijos mayores y menores). No se hace eso en el precepto y no cabe pensar que se está refiriendo a custodia repartida de menores, ya que la ley no distingue y habla de hijos en general y de «quedar en compañía».

Como se ha señalado, hay que entender que, ante intereses de igual signo, se debería negar la posibilidad de arbitrio judicial y mantener la vivienda familiar en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución de uso²⁹⁸. Efectivamente, la tendencia a que posesión y propiedad coincidan debe prevalecer en este supuesto, salvo que se pruebe un interés más digno de protección atendidas todas las circunstancias (posibilidades económicas de ambos cónyuges, la existencia de más residencias en la familia, el entorno de los menores), debiendo ser objeto de interpretación restrictiva cuando la vivienda es privativa de uno de los cónyuges. Más problemático es el caso en el que la vivienda es común, ya que el criterio de la titularidad nos llevaría a un uso compartido, bien dividiendo la vivienda físicamente²⁹⁹ o bien mediante su utilización por períodos alternos³⁰⁰.

El juez debe en este caso valorar la situación de la familia en su globalidad y, particularmente, la capacidad económica de los cónyuges y sus posibilidades de procurarse un alojamiento alternativo, el número de hijos que integran cada uno de los grupos familiares; el estado de salud de los progenitores y, en

298. RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, pg. 115. PLANES MORENO, M. D., *op. cit.*, pg. 975.

299. Sentencia de la AP de Córdoba de 21 de mayo de 2003 (JUR 2003, 152332).

300. Sentencia de la AP de La Coruña 19 de febrero de 1998 (AC 1998, 728), Madrid 6 de marzo de 1998 (AC 1998, 5184).

su caso, de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar y, en fin, la edad de los hijos³⁰¹.

2.2. En particular, los casos de custodia compartida

La reforma operada en el art. 92 del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que introdujo, entre otras novedades, la posibilidad de que el Juez en un procedimiento contencioso pudiera acordar la guarda y custodia compartida de los menores a falta de acuerdo de ambos cónyuges, pero siempre a solicitud de uno de ellos. La posibilidad de pactar una custodia compartida en convenio regulador no se encontraba imposibilitada antes de la reforma. En caso de ausencia de acuerdo de los cónyuges no estaba previsto legalmente que el Juez pudiera acordarla, pero alguna resolución judicial ha considerado que tampoco estaba prohibido³⁰². Ahora está claro con la nueva regulación que debe solicitarlo alguno de los progenitores, lo cual ha sido criticado, pues el juez únicamente debe quedar sujeto a las circunstancias del caso y al principio universal a favor de los hijos³⁰³.

En la actualidad, algunas legislaciones autonómicas han dado un paso más en este terreno y establecen la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuere lo más conveniente.

Así, el Código de Derecho Foral de Aragón (Ley 1/2011, de 22 de marzo) en su art. 80³⁰⁴ regula la custodia compartida estableciendo que el Juez de-

301. PÉREZ MARTÍN A. J. (2011): «La vivienda familiar», en Tratado de Derecho de Familia, T. Procedimiento Contencioso, vol. I, *Aspectos sustantivos*, Valladolid, Lex Nova, 2011.

302. Así se establece en la sentencia de la AP de Valencia, de 22 de abril de 1999 (AC 1999, 4941): «la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente. Así..., sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrente en cada caso, pero en la línea que propugnamos resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. En autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede plantearse de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores».

303. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», *Diario La Ley*, núm. 7105, 2 de febrero de 2009, año XXX, Ref. D-20. 40228/2008.

304. 1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez

berá adoptarla con carácter preferente y señalándose los factores que debe tener presente el Juez a la hora de acordar la medida³⁰⁵. Como se señala en el preámbulo «la finalidad de la custodia compartida es un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación». También la custodia compartida es el criterio preferente en el art. 9 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

No es éste el lugar oportuno para hacer una reflexión acerca de la bondad de la medida adoptada³⁰⁶, sino que procede analizar su reflejo en la decisión acerca del uso de la vivienda familiar, sobre la que tiene extraordinaria incidencia, en la medida que el art. 96.1 CC atribuye el uso al cónyuge que tenga la guarda de los hijos comunes y en este caso, este criterio no es válido pues la ostentan los dos. No hay que olvidar que la custodia compartida implica convivencia compartida, de manera que los hijos mantengan una relación

que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

a) La edad de los hijos.

b) El arraigo social y familiar de los hijos.

c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

3. Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

4. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

305. Sobre la regulación aragonesa en materia de custodia compartida *vid.* TENA PIAZUELO, I., «¿Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010) ¿niños "de primera"»? *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2011 (Estudio), BIB 2011, 21; CASTILLA BAREA, M., *Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, BIB 2010, 1563.

306. *Vid.* Capítulo 14 del presente Tratado. En relación con los criterios que ha mantenido la jurisprudencia para decretar la custodia compartida, *vid.* Sentencia de esta Sala de 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606).

equilibrada y continuada con ambos padres compartiendo tiempo y también responsabilidades.

Pues bien, el reflejo de esta medida en el derecho de uso de la vivienda familiar está provocando que se cuestione la esencia de la propia custodia compartida, siendo la incidencia de los cambios de domicilio en la estabilidad del menor³⁰⁷, uno de los criterios tenidos en cuenta para la toma de decisión por parte del Juez.

A este respecto destaca la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2340)³⁰⁸, de interés casacional. La Audiencia desestimó la custodia compartida distribuida por trimestres escolares y de forma alternativa en el tiempo «porque implicaría para los menores un cambio de domicilio trimestral, con la correspondiente deslocalización y la necesidad de tener que adaptarse, por un plazo de tiempo relativamente breve a nuevos hábitos, costumbres, pautas de comportamiento y compañías, originando un total desarraigo familiar que puede llegar a afectar a su estabilidad emocional». Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo consideró que tal criterio no puede utilizarse para desestimar una custodia compartida. No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina «deslocalización» de los niños, cuando ésta es una de las consecuencias de este tipo de guarda.

El que los hijos continúen en el domicilio familiar no es esencial para salvaguardar sus intereses³⁰⁹. Que los hijos sobreviven en otro inmueble no creo que se pueda discutir. Pero el tema es determinar cómo están mejor los hijos ¿dentro o fuera de la vivienda familiar? Pues a determinadas edades, sobre todo en los inicios de la adolescencia, cambiar a los menores de entorno, colegio, amigos, familia puede ocasionar un trastorno importante de gran impacto psicológico. No hay que olvidar que el domicilio determina la escolarización y prestación sanitaria por lo que su modificación implica cambios importantes para los menores. No me manifiesto contraria a la custodia compartida que tiene evidentes ventajas para los menores, pero sí alerta de los efectos negativos reflejos que su adopción puede tener en los menores en su vida cotidiana, para cuya valoración la pericial psicosocial me parece fundamental. Que lo mejor para los menores es continuar en su entorno habitual, tener un único

307. *Vid.* Sentencia de la AP de Huelva de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007, 202414), sentencia de la sección 4ª de la AP de Oviedo de 2 noviembre 2007 (JUR 2008, 78255).

308. Esta sentencia ha sido comentada por LAUROBA LACASA, E., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010.

309. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *op. cit.*, pg. 8, es partidaria de que el Juez ordene la división de la vivienda familiar cuando fuere común, decisión que podría adoptar con base en el art. 96.2 CC. LÓPEZ ORDIALES, L., «Custodia compartida: cuestiones procesales», en *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Estudios de Derecho Judicial, 147, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pg. 296.

«centro de operaciones», pienso que está fuera de toda duda. Se puede tener custodia compartida manteniendo esta situación. Creo que objetivamente es mejor para los menores convivir formalmente con el progenitor custodio y un amplio régimen de comunicación³¹⁰ con el otro cónyuge que no sólo debe compartir «tiempo» con los menores, sino también «responsabilidades».

Las dificultades de materialización práctica de la custodia compartida provocan que, siendo posible que los cónyuges la acuerden, como se ha puesto de relieve, en un estudio que evaluaba los casos en un período de dos años (2002-2004) en dos juzgados de Cataluña (Barcelona, Mataró) y en la Audiencia Provincial de Barcelona, solo en un 2% de los casos se pactó la custodia compartida³¹¹. Aprobada la reforma del Código Civil, el número de custodias compartidas no es tan importante como cabía esperar. En el año 2015, la custodia compartida solo fue otorgada en el 24,6% de los casos de divorcio³¹². Se observa un aumento respecto del año 2014 en el que tal modalidad de custodia fue otorgada en un 21,3% de los casos.

Y es que, aunque las ventajas de la custodia compartida son evidentes en la medida que los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, implicándose éstos de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos, lo cierto es que la realidad y, concretamente, la logística necesaria en materia de alojamiento que requiere esta medida, provoca una inviabilidad práctica. El problema lo plantea la custodia física compartida y a lo mejor hay que optar por una *custodia legal compartida*. El menor vive con un cónyuge en la vivienda familiar, con un régimen de comunicación amplio, lejos de esos fines de semana alternos. Un padre/madre que cena con el niño dos veces por semana, que recoge o le lleva al colegio muchos días y disfruta de él al menos un día del fin de semana, que está disponible para llevarlo al médico, a alguna de las actividades extraescolares... ¿puede decirse que ese padre/madre no comparte la custodia? De hecho, éste es el régimen establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de marzo de 2011 (AC 2011, 481) que considera custodia compartida la concesión al padre de fines de semana alternos y martes y jueves con pernocta. Se considera que «el régimen de custodia compartida no supone una distribución exactamente paritaria del tiempo que el menor debe pasar con cada padre, debiendo acomodarse a las circunstancias concretas en cada caso concurrentes».

310. CARRASCO PERERA, A., «Llueven custodias compartidas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 823/2011, BIB 2011, 1053.

311. Datos recogidos del trabajo de VIÑAS MAESTRE, D., «La custodia compartida», *Revista Sepín*, mayo 2008, núm. 77.

312. Datos extraídos del Instituto Nacional de estadística, www.ine.es.

Se hace preciso separar *custodia compartida* de *alojamiento compartido*. A lo mejor aumentan los casos de custodia compartida si se organizan de modo razonable y sobre todo, con sentido común que es el criterio que tiene que imperar en esta materia.

Por lo tanto, siendo defendible que los hijos compartan con ambos progenitores la mayor cantidad de tiempo posible, lo cierto es que tal afirmación puede ser clara en el plano teórico y muy difícil de concretar en la práctica. Y ello porque si la custodia compartida va acompañada de un uso compartido de la vivienda familiar, ello es generador de importantes tensiones³¹³ y estrés familiar³¹⁴, extraordinariamente nocivo para la salud mental de los hijos. Para que la custodia compartida resulte una fórmula positiva, a mi juicio, es preciso que

313. La sentencia de la AP de Valencia, el 2 de marzo de 1991 señala en relación con la custodia compartida que «desde los puntos de vista psicológico y pragmático, esta solución que ahora se patrocina sería previsiblemente perjudicial para los menores, sometidos a toda inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida y emocional, en función de actitudes temporalmente coincidentes en cada uno de los padres sobre ellos y previsiblemente contradictorias de la autoridad del otro progenitor; agravado todo por la falta de concreción de las circunstancias bajo las que habría de ejercer esa custodia en cada momento y por ambos a la vez, o sucesivamente, y las de las sustituciones o limitaciones recíprocas que fueran convenientes».

314. Un ejemplo de régimen sumamente estresante es el diseñado en el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón de 22 de junio de 2010 (AC 2010, 1257): «Se acuerda que sean los hijos quienes se queden en el domicilio familiar, y sean los progenitores, quienes cada seis días tengan atribuido el uso, mientras conviven con sus hijos. A fin de evitar que esa situación, que es evidentemente gravosa para ambos progenitores, pero que favorece la estabilidad de los menores, se establece que esta situación se mantendrá en tanto en cuanto no se proceda a la venta de dicho inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales, Siendo obligación de ambos progenitores, el garantizar a sus hijos un derecho de habitación digno. Una posible solución, dada la existencia de ese apartamento privativo de la esposa, que al menos en parte ha sido pagado por ambos cónyuges, podría ser alquilar el mismo, y con la renta que se obtenga más un poco más de dinero que pondría el padre, que tiene más ingresos, alquilar una vivienda de dimensiones adecuadas para poder vivir en ella los hijos con el padre, quedándose cuando eso ocurra, y mientras no se venda la vivienda familiar actual, en dicho inmueble la madre con los hijos. No obstante, como ya se informó a las partes en la vista, sería bueno que acudiesen a mediación familiar, a fin de poder entre ambos buscar todas las soluciones posibles, y con el debido asesoramiento de sus letrados, adoptar la más adecuada a los intereses de los hijos, consiguiendo así mismo que ambos progenitores vean, en la medida de lo posible, satisfechas sus expectativas en cuanto al tiempo que pueden estar con sus hijos, derechos de habitación y contribución a las cargas familiares». Curiosa solución la propuesta por el Juez en esta sentencia: cada 6 días alternan los progenitores en el uso de la vivienda familiar. Lo curioso es que se dice que ello favorece la estabilidad de los menores, como si éstos no fueran receptivos al estrés que semejante medida ocasiona en los progenitores y a las seguras contiendas que entre éstos genera semejante régimen. Y como el propio Juez tiene serias dudas sobre la solución adoptada, remite a los progenitores a mediación familiar. Vamos que lo resuelvan otras instancias.

la materialización práctica de la misma resulte cómoda para todos disociando la petición de la custodia de los derechos sobre la vivienda y evitando así que se pida la custodia compartida sólo para obtener derechos sobre la vivienda y que se bloquee esta petición por el otro cónyuge sólo para mantener dicho uso.

Las posibilidades de distribuir el uso de la vivienda en casos de custodia compartida no son muchas³¹⁵.

La primera es que ambos progenitores compartan el uso de la vivienda familiar por períodos de tiempo alternos (denominada modalidad «nido»)³¹⁶, lo que supone una mudanza, por ejemplo, cada seis meses de los padres. Ello implica que los menores permanecen en la vivienda familiar y cada uno de los progenitores debe alojarse en otro inmueble mientras dure el período que no reside con los menores. Esta opción requiere una infraestructura económica que no suele ser habitual tras un procedimiento de separación o divorcio que ya de por sí es costoso dada la duplicidad de costes que implica. Por lo demás, puede suponer una fuente continua de conflictos (pago de recibos, desperfectos...) ³¹⁷. No obstante, caso de adoptarse se constituiría un derecho de uso temporal a favor de los dos cónyuges que utilizarían la vivienda en períodos alternos³¹⁸.

315. MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J., «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE UU», *Diario La Ley*, núm. 7179, Sección Tribuna, 21 mayo 2009, Año XXX.

316. Esta es la modalidad propuesta en las Conclusiones de los IV Encuentros de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia y VI jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de familia, Fiscales y Secretarios Judiciales (26, 27 y 28 de octubre de 2009): «Se propone la reforma del artículo 96 del Código Civil de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 de Código de Familia de Catalunya».

317. Explícita en este sentido es la sentencia del TSJC de 5 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 1449): «La atribución del uso del domicilio familiar a la hija menor y que los padres vayan alternando la convivencia en dicha vivienda en cada periodo temporal que disfruten de la custodia de la hija no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos, que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida».

318. Es la medida propugnada en las Conclusiones... cit., a) Se propone la reforma del artículo 96 del Código Civil de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe

El hecho de que el menor resida en dos viviendas ha planteado el problema de la determinación legal del domicilio del menor, para lo cual la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo (JUR 2006, 83473), determina la necesidad de que el Juez o los cónyuges fijen un domicilio para el menor a efectos de empadronamiento. Expresamente se señala que:

1º Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de guarda y custodia compartida.

2º El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo.

3º En los supuestos en los que los períodos de convivencia estén equilibrados hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor en cómputo anual la mayor parte del tiempo, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, elijan de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquel en el que ha de ser empadronado el menor.

4º A fin de coadyuvar a un pacífico disfrute por parte del menor de su derecho a estar correctamente empadronado, los Sres. Fiscales velarán por que en los convenios reguladores, o excepcionalmente a falta de ellos, en las resoluciones judiciales en que se opte por una guarda y custodia compartida con tiempos de permanencia equilibrados se determine cuál ha de entenderse como domicilio del menor a efectos de empadronamiento.

La segunda opción es que se atribuya el uso de la vivienda a uno de los progenitores y que los hijos se desplacen al domicilio del otro progenitor en determinados períodos (denominada, modalidad *niño maleta*). Éstos necesariamente deben ser largos para no suponer un estrés insuperable para el menor y, así mismo, requiere que los domicilios de ambos progenitores estén próximos por comodidad de desplazamiento, así como para evitar cambios de entorno para los menores. Con la atribución del uso de la vivienda lo que se trata de lograr no es sólo satisfacer la necesidad de alojamiento de los menores, sino también evitar en la medida de lo posible, la incidencia de la separación o divorcio de la pareja en la vida de los menores, procurando que la nueva situación produzca la menor inestabilidad posible a los hijos, y solo los imprescindibles cambios, a fin de facilitar la adaptación de los hijos a la ruptura de la relación de la

comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 de Código de Familia de Catalunya. Esta modalidad de custodia compartida es adoptada frecuentemente por nuestros tribunales. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 7 de 8 de abril de 2011 (AC 2011, 509) acuerda uso trimestral de la vivienda por los dos progenitores; por períodos de 6 días, Auto del JPI Gijón núm. 8, auto de 22 junio 2010 (AC 2010, 1257); por semestres, sentencia JPI Gijón, núm. 8, sentencia de 3 octubre 2008 (AC 2008, 1963); por años, sentencia del JPI Madrid, de 19 julio de 2007 (JUR 2007, 276116).

pareja³¹⁹. Por ello, la custodia compartida no debe incidir en la atribución del derecho de uso de manera que tales objetivos no puedan cumplirse pues entonces decae el fundamento mismo de la medida.

El art. 96 CC no ha sido modificado tras la reforma en materia de custodia compartida y no se han incluido los criterios³²⁰ que debe tener presente el Juez a la hora de arbitrar las consecuencias de esta medida. Y a lo mejor ha hecho bien en no hacerlo³²¹. Es evidente que el legislador no puede tipificar todas las posibles situaciones que la práctica ofrece, por lo que en este punto juega la discrecionalidad judicial siempre en el marco del art. 96 CC informado por la necesidad de atender al «interés más necesitado de protección», criterio que, a mi juicio, inspira todo el precepto. Dado que la guarda es compartida, no opera la presunción a favor de los hijos que se recoge en el art. 96.1 CC. No operando, deberán valorarse todas las circunstancias concurrentes, debiendo el juez resolver lo procedente, tal y como se establece en el párrafo segundo del art. 96 CC. Para ello el criterio de la capacidad económica de cada uno de los progenitores³²², la posibilidad de cada progenitor de habitar en otra resi-

319. PLANES MORENO, M. D., *op. cit.*, pg. 962.

320. En las Conclusiones de los IV Encuentros de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia y VI jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de familia, Fiscales y Secretarios Judiciales (26, 27 y 28 de octubre de 2009) se señala que constituyen presupuestos objetivos que favorecen el establecimiento de un régimen de custodia conjunta o compartida los siguientes:

- a) Capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto entre los mismos tolerable.
- b) Existencia de estilos educativos homogéneos.
- c) Concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores, y ponga de manifiesto una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquéllos.
- d) Proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores, en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de progenitores. http://www.aeafa.es/pdf/conclusiones_refundidas_valencia_2009.pdf (consultado el 23 de agosto de 2011).

321. Sí lo hace el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (10/04/2014), que dispone en el párrafo segundo del art. 96.2 CC que «en todo caso, si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda». Las opciones están claras: o se establece uso alterno de la vivienda o se concede un uso individual en función del interés más necesitado de protección que se concreta en las mayores dificultades de acceso a la vivienda. <http://www.laley.es/Marketing/pdf/Corresponsabilidad%20parental.pdf>

322. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de septiembre de 2008 (RJ 2009, 1449).

dencia, la proximidad de domicilios, son criterios manejados por la jurisprudencia a la hora de decidir acerca del uso de la vivienda familiar³²³.

Este el criterio recogido en el art. 81 del Código de Derecho Foral de Aragón: «en los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares». Por su parte, el art. 233-20.3 CCCat prevé de manera expresa que la autoridad judicial atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado «si la guardia y custodia queda compartida o distribuida entre los progenitores». El supuesto se resuelve como si no existieran hijos comunes, atendiendo a las circunstancias del cónyuge no titular igual que si acudiéramos al párrafo tercero del art. 96 CC. El art. 12.4 de la Ley 7/2015 del País Vasco dispone que «Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas».

La custodia compartida no impide la atribución del derecho de uso sobre la vivienda a uno de los progenitores cuando tiene más dificultades de acceso a una vivienda. Esta es una opción escogida en muchas resoluciones judiciales³²⁴. La clave es, como vengo defendiendo, atender al interés más necesitado de protección, criterio que debe inspirar toda la regulación, haya o no custodia compartida. Obsérvese que tanto en la ley vasca como en la aragonesa se prioriza el criterio de la dificultad del cónyuge en acceder a otra vivienda y, caso de que tal dificultad no existiera, prevalece el interés superior para las relaciones familiares (Aragón) o el de los hijos e hijas (País Vasco).

El art. 96 CC no establece ningún criterio al respecto. Y no es lo mismo resolver el problema con base en el art. 96.2 CC en el que se atiende al interés de la familia en su conjunto, que reconducirlo al 96.3 CC en donde se atiende al interés particular del cónyuge no titular cuando no hay hijos comunes, y la medida siempre es temporal. Cuando nos encontramos en el ámbito del art. 96.2 CC «el juez resuelve lo procedente» sin necesidad de que el interés del cónyuge no titular sea el más necesitado de protección, sino que puede serlo el de los hijos³²⁵.

323. LÓPEZ BREA, *op. cit.*, pg. 286.

324. Sentencias de TSJC de 5 de septiembre de 2008 (RJ 2009, 1449) sentencia de la AP de Barcelona de 28 de marzo de 2006 (JUR 2006, 231412), Valencia 5 de octubre de 2005 (JUR 2005, 274240), La Coruña 11 de febrero de 2005 (JUR 2006, 6583).

325. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 8 de octubre de 2008 (JUR 2009, 80096).

Así, podría suceder, como aconteció en los hechos que juzgó la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 9 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 58451), que se concediera el derecho de uso de la vivienda que fue familiar a la esposa *porque facilita el desarrollo del régimen de guarda y custodia compartida* de los menores entre ambos padres, dado que se ubica en la ciudad de Barcelona al igual que el domicilio de los padres del esposo en donde reside éste. En el supuesto de no concederse a la esposa el uso del domicilio familiar, implicaría que pudiese fijar su residencia en lugar distante del que se encuentra ubicado aquel, incluso fuera de la ciudad de Barcelona lo que ciertamente haría dificultoso el desarrollo del régimen de custodia compartida”.

Por lo tanto, en el art. 96.2 CC no está presente necesariamente el interés particular del otro cónyuge, aunque también pueda ser valorado, y quizá por ello no se prevé el carácter temporal de la medida, a diferencia de lo que acontece en el art. 96.3 CC.

Sin embargo, a pesar de ello, el TS resuelve el problema del uso de la vivienda en caso de custodia compartida acogiéndose al art. 96.2 CC pudiendo el juez resolver «lo procedente» y parece que también puede fijar un plazo de duración del uso³²⁶, aunque no haya referencia explícita a la ley sobre este extremo y al margen de que haya o no hijos menores de edad. En caso de custodia individual, ya es doctrina consolidada del TS que no se puede limitar el derecho de uso sobre la vivienda habitual cuando afecta a menores (sentencia del TS de 16 de junio 2014 (RJ 2014, 3073). Sin embargo, cuando la custodia es compartida, aunque afecte a menores, puede limitarse temporalmente el derecho de uso, ya sea la vivienda privativa del otro cónyuge o sea común de ambos.

Así lo ha establecido la sentencia de 24 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5180)³²⁷ que señala que «el Código Civil, no contiene una regulación específica de esta materia, y que en este supuesto ha de aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96, que regula el supuesto en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente”».

«Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite com-

326. COSTAS RODAL, L, «Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil, núm 11/2016 (BIB 2016/85676).

327. Cfr. PANIZA FULLANA, A, «Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar». (A propósito de sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014). Revista Aranzadi Civil-Mercantil núm 10, 2015. BIB 2015/107.

paginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos.» No se justifica en la sentencia por qué es posible la limitación temporal en el art. 96.2 CC. La diferencia con el párrafo tercero es importante: en éste no existen hijos. Ciertamente que en el caso que enjuició esta sentencia, la vivienda era privativa del otro cónyuge, pero se equiparan, a mi juicio injustificadamente, los supuestos del párrafo segundo y párrafo tercero del art. 96 CC. El mismo criterio se mantiene en la sentencia del TS de 27 de junio de 2016 (RJ 2016, 2876) y 14 de marzo de 2017 (RJ 2017, 878).

Caso de que no concurra un interés específico que merezca ser especialmente protegido (por ejemplo, en caso de paridad económica de ambos cónyuges) y cuando no se alternen los cónyuges en el uso de la vivienda y ésta sea privativa de uno de ellos, lo razonable es que no haya manifestación sobre el derecho de uso³²⁸. El propietario del inmueble debe tener derecho a habitarlo. Si la vivienda es de ambos cónyuges la misma «queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación» (Sentencias del TS de 22 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5023) y de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4449), 21 de julio de 2016 (RJ 2016, 3445)). No hay pues atribución ninguna del derecho de uso pudiéndose ejercitar sin problemas la acción de división y la vivienda era de ambos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales si existía una comunidad postganancial.

En suma, la reciente jurisprudencia del TS evita que pueda otorgarse el uso de la vivienda habitual al otro cónyuge con carácter indefinido, en caso de custodia compartida. No me parece mal la solución, pero a mi juicio, no hay soporte legal para sustentarla habiendo hijos, ya que la temporalidad expresamente está prevista en el art. 96.3 CC para el supuesto de que no haya hijos. Cuando, como hace la citada sentencia del TS de 21 de julio de 2016, se limita el derecho de uso a dos años, tiempo que el ponente de la sentencia considera prudencial para que el cónyuge que carece de ingresos pueda recomponer su situación económica, incorporarse a la actividad laboral y acceder a una vivienda, se ignora la situación económica actual. No es lo mismo buscar una vivienda para que viva solo el cónyuge que buscar una vivienda en la que puedan, además, habitar los hijos. No es tan fácil encontrar trabajo y una vivienda que pueda permitir el alojamiento de más personas. Indirectamente, por ra-

328. LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 293.

zones económicas, se le está impidiendo a un cónyuge tener a sus hijos en su compañía en los periodos de tiempo que le corresponda y ello por mucho que la decisión sea revisable.

Urge una reforma del art. 96 CC para evitar estas interpretaciones *creativas* del TS que pueden provocar que quien no tiene capacidad económica no pueda convivir con sus hijos. Esta doctrina puede además tener efectos perversos: solicitar la custodia compartida solo por y para liberar la vivienda familiar del derecho de uso. Hay que huir de automatismos y de restricciones que pueden en muchos casos estar injustificadas, sobre todo, cuando hay un desequilibrio entre la capacidad económica de los cónyuges.

2.3. El «interés más necesitado de protección» en caso de ausencia de hijos comunes

Caso de que la vivienda fuera privativa de uno de los cónyuges, parece que lo razonable, dada la severidad de efectos que conlleva el derecho de uso diseñado en el art. 96 CC, sería que se pusiera a disposición de su titular. Sin embargo, el párrafo tercero del art. 96 CC prevé que pueda ser atribuido su uso al otro cónyuge si ostenta el interés más necesitado de protección atendidas las circunstancias³²⁹. Dispone el párrafo tercero del art. 96 que «no habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudentemente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección». El Juez de oficio no debe pronunciarse sobre esta cuestión, sino que debe ser solicitada³³⁰. Ello a diferencia de lo que sucede cuando existen hijos menores de edad, supuesto en el que el Juez debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar³³¹.

La interpretación de esta norma debe ser, a mi juicio, sumamente restrictiva³³², al menos cuando la vivienda es propiedad exclusiva del otro cónyuge. Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de enero

329. El ACP, recoge este supuesto en el art. 96.3 CC. «Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año». Creo que el establecimiento de un plazo máximo es criticable. Pienso que es mejor que el juez valore las circunstancias concretas concurrentes.

330. En este sentido, PLANES MORENO, M. D., *op. cit.*, pg. 974. MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pg. 134. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *op. cit.*, pg. 293.

331. En este sentido, MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pg. 208.

332. Así lo consideran TAMAYO CARMONA, J. A., *op. cit.*, pg. 104. MARTÍN MELÉNDEZ, *op. cit.*, pg. 287.

de 2007 (JUR 2007, 74372), tal atribución no se justifica por una simple necesidad, sino que «el supuesto de hecho excepcional habilitante para permitir dicha posibilidad viene dado por situación de auténtica necesidad o penuria económica».

La regla resulta también aplicable cuando ambos cónyuges son cotitulares del mismo³³³, pues, aunque atribuya el uso al cónyuge «no titular», la falta de titularidad también tiene lugar cuando sólo se es comunero. Sería absurdo además que se permitiera la atribución del uso cuando el bien es privativo absolutamente del otro cónyuge y no cuando la titularidad es parcial.

El precepto evidencia su carácter restrictivo cuando enuncia la temporalidad del derecho atribuido: «por el tiempo que prudencialmente se fije». Lo contrario implicaría una expropiación forzosa³³⁴ judicial. Si bien todo derecho de uso es temporal (a diferencia de la pensión compensatoria que puede establecerse con carácter indefinido³³⁵), en este caso es preciso que se fije un plazo determinado³³⁶ y no en función de la alteración de las circunstancias. Estas deben ser tenidas en cuentas para la fijación del plazo, pero no se puede dejar la duración del derecho de uso que implica hasta cierto punto una expropiación del verdadero dueño, en función de las circunstancias del cónyuge usuario, sobre todo porque se corre el riesgo de que trate de no salir del desequilibrio que justificó el derecho de uso. Con todo, no parece que esté impedida la prórroga del mismo, extremo específicamente admitido en el art. 233-20.5 CCCat³³⁷ y reconocido por RDGRN de 20 febrero 2004 (RJ 2004, 2376)³³⁸.

La valoración de las circunstancias personales y socioeconómicas a los efectos de determinar el interés más necesitado de protección está sometido a la discrecionalidad judicial. Entre las circunstancias tenidas en cuenta por la

333. Así lo entiende PLANES MORENO, *op. cit.*, pg. 975.

334. ROCA TRÍAS, E., «Comentario al art. 96», *cit.*, pg. 609.

335. A juicio de VERDERA, B, *Estudio...*, *cit.*, p. 44, se debe realizar una aplicación analógica de la regulación contenida en sede de pensión compensatoria y ante situaciones de discapacidad irreversible o enfermedad crónica poder acordar dicho carácter indefinido del derecho de uso o su prórroga indefinida.

336. En este sentido, RAMS ALBESA, *op. cit.*, pg. 117. GARCÍA CANTERO, G., «Comentario...», *cit.*, pg. 414. MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pg. 130. MURCIA QUINTANA, *op. cit.*, pg. 424.

337. «La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas». Los apartados 3 y 4 a que se refiere la norma son los casos en los que se otorga al uso al cónyuge aunque no tenga la custodia o al cónyuge que no tiene hijos.

338. ROCA TRÍAS, E., «Comentario al art. 96 CC...», *cit.*, pg. 609. En contra, MURCIA QUINTANA, *op. cit.*, pg. 424.

jurisprudencia³³⁹ hay que destacar la situación económica y patrimonial de los cónyuges³⁴⁰, personas que aparte de uno de los cónyuges, en su caso, se verían obligadas a salir de la vivienda familiar³⁴¹, posibilidad de uno y de otro de poder contar con otra vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento³⁴², situación personal y laboral de cada uno de los afectados: estado de salud³⁴³, edad, ayudas con la que cuenta, estabilidad en el empleo³⁴⁴, tiempo que cada uno de ellos lleva ocupando la vivienda³⁴⁵; si la vivienda es utilizada para el desarrollo del trabajo de alguno de ellos y cómo repercute su salida en tal cuestión³⁴⁶.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta medida, mal utilizada, puede conducir a situaciones injustas y no debemos olvidar que en este terreno la discrecionalidad judicial es máxima. Ya existe la posibilidad de corregir desequilibrios a través de la pensión compensatoria (art. 97 CC), la atribución del derecho de uso sobre la vivienda puede resultar excesiva y desproporcionada en tanto priva al dueño del uso de la vivienda con un derecho con eficacia *erga omnes*.

Esta medida podría tener alguna justificación en caso de vivienda familiar en régimen de comunidad de bienes, pero no parece que tenga mucho fundamento cuando la vivienda es propiedad privativa de uno de los cónyuges. Su aplicación, dada la previsión legal, debe ser muy restrictiva o de lo contrario, puede servir de estímulo a convertir el divorcio en *modo de adquirir*, aunque sea un derecho temporal y servir de estímulo a la no realización de actividad laboral. Obsérvese que la norma afecta a la vivienda familiar que suele ser el bien de mayor valor patrimonial, lo que obliga al cónyuge propietario a trasladarse a otro inmueble que probablemente tenga peores características. Si existieran varios inmuebles y dada la excepcionalidad de este remedio, debería permitirse un cierto margen de maniobra al cónyuge no propietario a la hora de decidir el bien que resulta afectado por el derecho de uso. Así se recoge en el art. 233-20.6³⁴⁷.

339. Entiende RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, pg. 116, que las circunstancias a tener en cuenta deberían ser las mismas que el art. 97 CC señala para la fijación de la pensión compensatoria.

340. SAP de Asturias de 1 de octubre de 2002 (JUR 2003, 8973), Navarra de 1 de septiembre de 2001 (AC 2001, 2582).

341. SAP de Huelva de 25 de julio de 2007 (JUR 2008, 229344).

342. SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2004 (AC 2004, 475) y de la AP de Madrid de 2 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 32666).

343. SAP de Huelva de 25 de julio de 2007 (JUR 2008, 229344).

344. SAP de Barcelona de 11 de mayo de 2004 (JUR 2004, 181190).

345. SAP de Huelva de 25 de julio de 2007 (JUR 2008, 229344).

346. SAP de Córdoba de 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1782).

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

La jurisprudencia nos ofrece ejemplos, algunos de ellos sangrantes como el contemplado en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 23 de marzo de 2004 (JUR 2004, 155352) que enjuicia un caso en el que los cónyuges tienen hijos mayores independientes económicamente y el inmueble destinado a vivienda familiar es privativo de uno de ellos. Se concede el uso de la al cónyuge no titular que vivía alquilado en un inmueble propiedad de uno de los hijos y a pesar dicho cónyuge de ser propietario privativo de otro piso, en el cual no podía habitar por residir en él una de las hijas. Se le concede un uso por un plazo de tres años «tiempo suficiente para que la apelada pueda proveerse de vivienda propia donde habitar». Difícil justificación tiene la medida adoptada que hace que el cónyuge propietario tenga que «financiar» la búsqueda de vivienda del otro que, a su vez es propietario de un inmueble. El divorcio no puede implicar la obligación de un cónyuge de subvencionar a otro y el art. 96 permite, mal interpretado, que esto pueda suceder.

Y es que no se olvide que cuando se atribuye un derecho de uso sobre un inmueble privativo, el propietario debe hacerse cargo de los gastos derivados de la propiedad como es el pago de la deuda hipotecaria (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011 [RJ 2011, 939]) que será analizada posteriormente, por lo que tal atribución no sólo implica que el propietario deba buscar otro alojamiento, sino también que debe continuar abonando la deuda procedente de la propiedad gravada. Esta norma, mal interpretada puede ser fuente de auténtica injusticia, por ello aunque bienintencionada, debe ser aplicada con suma cautela.

3. DURACIÓN DE LA MEDIDA

La severidad de efectos que sobre el derecho de propiedad del cónyuge titular de la vivienda tiene el derecho de uso decretado en un proceso de crisis matrimonial, y el hecho de que se conceda para atender unas necesidades concretas, aconseja que tenga una duración determinada y no sea indefinido. Al margen de las disputas doctrinales acerca de su naturaleza, la inscribibilidad de este derecho en el Registro de la propiedad, le dota de una eficacia *erga omnes*, actuando como un auténtico gravamen, justificado como medida que contribuye al levantamiento de las cargas familiares, vinculado a la obligación de alimentos a los hijos, por lo que debe concluir cuando cese la necesidad que lo hizo nacer³⁴⁸. De lo contrario, y dada la discrecionalidad judicial existente en materia de criterios de atribución, se corre el riesgo de «expropiar» al propietario, sin que exista ninguna posible defensa para éste.

348. ROCA TRÍAS, E., «Comentario al art. 96 CC...», cit., pg. 608. ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 216.

Sin embargo, el lacónico art. 96 CC no establece la temporalidad del uso³⁴⁹ sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando trata la hipótesis de la inexistencia de hijos (menores) y se atribuye la vivienda al cónyuge no titular. Ello ha planteado muchas dudas sobre este extremo tan relevante, sobre todo en los casos en los que la atribución del uso se llevó a cabo a favor del cónyuge custodio y los hijos, entonces menores, alcanzan la mayoría de edad, tal y como se ha analizado al tratar de la situación de los mayores de edad. Ha sido doctrina jurisprudencial consolidada la que entendía que no basta que los menores alcancen la mayoría de edad para que se extinga el derecho de uso, sino que es preciso que adquieran independencia económica³⁵⁰. Como hemos visto anteriormente, esta doctrina se ha modificado en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, reconduciendo el derecho de los mayores de edad al régimen del art. 96.3 CC cuando los menores alcanzan la mayoría de edad (Sentencias del TS de 11 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7262) 19 de enero de 2017 (RJ 2017, 20694).

La ausencia de mención en el art. 96.1 CC no permite pensar que el derecho de uso sea indefinido³⁵¹, sino más bien que no sea precisa la fijación de un plazo duración del mismo³⁵², por parte del Juez o por los cónyuges en el convenio regulador. A mi juicio, el derecho de uso no debe extinguirse automáticamente por la mayoría de edad de los hijos, sobre los que puede subsistir el deber de alimentos, siendo el alojamiento una de las partidas cubiertas

349. La extinción del derecho de uso está expresamente regulada en el art. 233-24 CCCat: *«1. El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.*

2. El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:

a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.

b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.

c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.

d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.

3. Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso».

350. Sentencia de la AP de Alicante de 28 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 156843); Murcia, 26 de octubre de 1998 (AC 1998, 7838); Castellón, 18 de febrero de 2011 (AC 2011, 1052); Valencia, 14 de octubre de 2010 (JUR 2011, 43193).

351. ROCA TRÍAS, E, «Comentario...», cit., p. 525, lo considera como un derecho temporal que puede prorrogarse.

352. Ello, salvo que estemos ante el supuesto del art. 96.3 y se atribuya el uso al cónyuge no titular. Así, la sentencia de la AP de Navarra de 5 de mayo de 1995 (AC 1995, 1067) limita a un plazo de dos años el uso a favor del cónyuge no titular en ausencia de hijos comunes. Sentencia de la AP de Alicante de 21 de abril de 2008 (AC 2008, 1393), limita a un año el uso a favor de cónyuge no titular.

por el mismo (art. 142 CC). La duración de tal derecho está en función de las circunstancias que le sirvieron de fundamento³⁵³, siendo la independencia económica el momento determinante de la extinción³⁵⁴.

En la nueva redacción al art. 96 CC que da el ACP se refiere a este extremo disponiendo en el art. 96.3 que «*en el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuere exclusiva o compartida, y aquélla fuere privativa del otro progenitor o común a ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos*».

Parece razonable que mientras subsistan las razones que justificaron la atribución del uso de la vivienda, éste se mantenga³⁵⁵. La vinculación de la medida con la obligación de alimentos permite que el uso se mantenga mientras subsiste la necesidad. Cosa distinta es que, alcanzada la mayoría de edad de los hijos cuya guarda justificó la atribución del uso, por la vía de una modificación de medidas pueda solicitarse la extinción del derecho de uso cuando el otro cónyuge, con base en la opción que le concede el art. 149 CC, decide tener a sus hijos en su compañía³⁵⁶.

Como se ha señalado anteriormente al tratar de la situación de los mayores de edad, el hijo mayor no tiene «derecho» a que su necesidad de alojamiento sea necesariamente cubierta a través del uso sobre la vivienda familiar³⁵⁷, lo cual es muy distinto que afirmar que el derecho de uso se extingue automáti-

353. STS de 24 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5180). En el mismo sentido se han pronunciado la SAP de Castellón de 18 de julio de 2014 (JUR 2014, 272454), SAP de Granada de 9 de octubre de 2015 (JUR 2016, 12816), SAP de Murcia de 17 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 30716), SAP de Pontevedra de 17 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 20238), SAP de Vizcaya de 14 de enero de 2016 (JUR 2016, 71641).

354. RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, 119. SANTOS BRIZ, J., *Criterios judiciales...*, cit., pg. 222. ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pg. 217. PLANES MORENO, M. D., *op. cit.*, pg. 977. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713). ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 555. CERVILLA GARZÓN, La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, Barcelona, 2005, p. 39. FERNÁNDEZ GIL, «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad», en Derecho de Familia, coord. por Díez Picazo Gimenez, Navarra, 2012, p. 1408, SANTOS MORÓN, MJ, «La atribución...», cit., p. 3. En contra, GIL MEMBRADO, C, «La vivienda...», cit., p. 102, considera que el derecho de uso se extingue cuando los menores alcanzan la mayoría de edad.

355. Por ello, considero acertada la doctrina sustentada por las sentencias de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3021), y 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135) que declaran la extinción del derecho de uso tras la adquisición por el beneficiario de una vivienda. Cesada la situación de necesidad que justificó la atribución del derecho de uso, también debe cesar éste.

356. DE AMUNÁTEGUI, C, «Atribución de vivienda familiar en el supuesto de hijos mayores de edad. Uso alternativo y temporal». Comentario a la STS de 6 de octubre de 2016 (RJ2016/4586), CCJC n° 103, Enero-abril 2017, p. 535.

357. TENA PIAZUELO, I., «La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda», Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

camente con la mayoría de edad de los hijos, algo que la ley no dice. Afirmar esto implicaría que, llegada esa fecha, se podría instar la división del inmueble por el cónyuge no usuario (caso de que fuera común) o privarle de la posesión al cónyuge usuario, si la vivienda era privativa del otro. Esto no puede suceder si formalmente no se fijó plazo y esta fijación fue aprobada judicialmente. El cónyuge no usuario deberá instar una modificación de medidas en la que o bien opta por tener a los hijos en su compañía o acredita una modificación extraordinaria de sus circunstancias económicas (suyas o del progenitor custodio quien puede haber mejorado su fortuna) que puedan justificar el cese del derecho de uso. Esto es, de hecho, lo que sucedió en la Sentencia del TS de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 5677): los hijos mayores de edad decidieron vivir con el progenitor (el marido) que no tenía el derecho de uso sobre la vivienda familiar. El TS considera que esta circunstancia no permite que automáticamente el derecho de uso le corresponda ahora al padre, manteniéndose en ese caso el uso a favor de la madre por estimarse que su interés era el más necesitado de protección. La sentencia aclara que los mayores de edad no necesariamente tienen que cubrir su necesidad de alojamiento con el derecho de uso sobre la vivienda y, reitero, que eso no es lo mismo que decir que el uso se extingue automáticamente con la mayoría de edad³⁵⁸. Este extremo es aclarado por la sentencia del TS de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4584).

Se plantea la cuestión de si los cónyuges pueden limitar la duración del derecho de uso, supeditándolo a la mayoría de edad de los hijos o a cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590). En la sentencia recurrida el Juez había atribuido el uso de la vivienda a la esposa y al hijo común con una duración limitada que venía determinada por la liquidación de la sociedad de gananciales, momento en el que se repartirá el caudal común, eliminando la carga. La esposa se opone a dicha medida. El TS en la citada sentencia pretende unificar la contradictoria doctrina de las Audiencias Provinciales en relación con el problema de si es posible limitar la duración del derecho de uso sobre la vivienda familiar mientras el hijo sigue siendo

358. Sin embargo, SANTOS MORÓN, MJ, *op. cit.*, p. 10 extrae tal conclusión de dicha jurisprudencia: «con base en dichas sentencias puede afirmarse que la emancipación o mayoría de edad de los hijos, con independencia de que sigan siendo o no acreedores de la prestación de alimentos, determina la extinción del derecho de uso que se les haya podido asignar con base en el art. 96,1 C.c.». Así lo entiende también la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de julio de 2015 (JUR 2016, 41296), si bien entiende que hay que instar un procedimiento de modificación de medidas. En el caso enjuiciado los hijos mayores de edad tenían 34 y 31 años. También la sentencia de 19 de enero de 2017 (RJ 2017, 20694), se insiste en que llegada la mayoría de edad se extingue el derecho de uso.

menor³⁵⁹. Al respecto señala «el art. 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio».

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien».

«Efectivamente, esta norma (el art. 96 CC) no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Ésta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 mayo 2007 (RJ 2007, 3561), 22 de octubre y 3 diciembre 2008, entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios».

La doctrina de la sentencia es clara: no es posible limitar temporalmente el derecho de uso sobre la vivienda familiar mientras los hijos son menores. Cosa distinta es que una modificación sobrevenida de las circunstancias pueda provocar la extinción del derecho de uso. Si bien coincido con la doctrina sustentada en esta sentencia, disiento en la argumentación final en la que, a mi juicio, mezcla dos cuestiones distintas: el problema de la limitación temporal del derecho con el de su oponibilidad a terceros. Cuando el TS mantiene la

359. Admiten esta posibilidad AP de Valladolid de 17 de enero de 2007 (JUR 2007, 74235), de 15 octubre de 2007 (JUR 2008, 12736). En sentido contrario, sentencias de la AP de Las Palmas de Gran Canaria, 209/2007, de 18 de mayo (JUR 2007, 287995), de 14 octubre de 2005 (JUR 2005, 278498).

oponibilidad a terceros del derecho de uso en el caso que cita del ejercicio de la acción de división por uno de los comuneros, considerando que ello no afecta a la subsistencia del derecho de uso (así lo hizo en la sentencia de 9 de mayo de 2007 citada), ello no significa que esté vetando la limitación temporal del derecho de uso. Precisamente si es oponible *erga omnes* es porque tal derecho es de tal naturaleza y sigue vivo tras el ejercicio de la acción de división. Cosa distinta es que previamente se supedite la duración de tal derecho al ejercicio de la acción de división, lo cual tiene poco que ver con la naturaleza *erga omnes* del mismo³⁶⁰ y sí es un auténtico problema de duración.

Y es que el alto precio de los inmuebles, unido al dato de que normalmente la vivienda familiar se encuentra gravada con una hipoteca que garantiza una deuda que debe seguir abonando el cónyuge no adjudicatario, provoca que en algunas sentencias como la citada se tienda a limitar temporalmente el derecho de uso estableciendo un plazo determinado, posibilidad que solo parece admitirse en el párrafo tercero del art. 96 CC. De ahí que el TS recientemente se haya tenido que pronunciar de nuevo sobre esta cuestión en la sentencia de 21 de junio de 2011 (JUR 2011, 236085) en un supuesto en el que se había atribuido el uso de la vivienda al cónyuge custodio de un hijo común por un plazo de dos años en primera instancia, modificado a tres años en apelación ante la Audiencia Provincial. En esta sentencia el TS reitera la imposibilidad de limitar temporalmente el derecho de uso cuando se ha atribuido en atención a la custodia de hijos menores. En este sentido, SSTS, 29 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3021), 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135), 3 de abril de 2014 (RJ 2014, 1950). No obstante, se ha admitido en algunos supuestos la temporalidad de la medida cuando queda atendido el interés del menor (sentencia del TS de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015, 1919).

Como se ha señalado al tratar la atribución del uso de la vivienda en casos de custodia compartida, la jurisprudencia ha reconducido el supuesto al art. 96.2 CC, aplicando por analogía el art. 96.3 CC, debiéndose fijar un plazo de duración del derecho de uso, al margen de que se vean afectados menores o no (Sentencias del TS de 22 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5023) y de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4449), 21 de julio de 2016 (RJ 2016, 3445).

Ahora bien, la medida relativa al uso de la vivienda puede modificarse si se alteran sustancialmente las circunstancias³⁶¹ (art. 91 CC) que la han generado

360. Se mezcla también el problema de la oponibilidad *erga omnes* y el de la duración del derecho de uso en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713).

361. En la sentencia de la AP de Valencia de 20 de enero de 2009 (JUR 2010, 73512) se considera alteración sustancial de las circunstancias la desproporción entre la duración de la convivencia matrimonial y el derecho de uso sobre la vivienda. Se extingue así

o bien por un acuerdo alcanzado por las partes en convenio regulador³⁶², que podría modificar no solo un convenio previo aprobado judicialmente, sino también las medidas aprobadas en su día por el Juez, siempre, por supuesto, que no se estime dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90 CC).

4. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y COMPENSACIÓN AL CÓNYUGE PROPIETARIO

Una vez analizados los efectos y características del derecho de uso y los criterios de atribución del mismo por la autoridad judicial, es claro que los efectos de esta medida cuando el bien es propiedad privativa de uno de los cónyuges, son extraordinariamente severos, por cuanto supone una privación de la posesión del inmueble por parte de su titular y, por otro lado, la eficacia *erga omnes* del derecho de uso implica que se comporta como un gravamen que bloquea el valor económico del bien en tanto que impide su enajenación voluntaria libre de cargas.

Y todo esto sucede porque el cónyuge no titular presenta el «interés más necesitado de protección». A mi juicio, esta situación genera un empobrecimiento para el cónyuge propietario y un enriquecimiento para el no titular, ya que permanece en la vivienda sin coste alguno. Por el contrario, el otro cónyuge debe asumir los gastos derivados de la propiedad de la que era vivienda familiar y, además, los derivados del alojamiento que tiene que proveerse.

Aun tratándose de una medida de carácter asistencial, procede preguntarse si el cónyuge propietario puede obtener algún tipo de compensación por consecuencia del gravamen que se ve obligado a soportar en su propiedad y la privación del uso de la misma que padece. No se trata de que el propietario obtenga rentabilidad, sino algún tipo de compensación por la privación del derecho que padece y el incremento de costes que a él le genera.

En el Proyecto del Gobierno sobre modificación de la regulación del matrimonio en el CC se preveía que el uso de la vivienda podía corresponder al cónyuge no titular «mediante las oportunas compensaciones»³⁶³. El Grupo Parlamentario comunista propuso, en la enmienda número 124, la supresión

el uso sobre la vivienda que tenía la mujer por haber durado 24 años, mientras que la convivencia marital sólo duró 7.

362. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias», *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, pg. 259.

363. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie A; Proyectos de Ley núm 123, de 13 de marzo de 1980.

de este inciso argumentándose que «al no apreciarse ni la naturaleza ni el alcance de éstas, se abre una vía de inseguridad, pues el cónyuge más débil económicamente bajo una interpretación posible del precepto puede verse privado de una parte sustancial de los beneficios que pueden corresponderle por otros conceptos, en cuanto "compensación" por el uso de la vivienda»³⁶⁴.

4.1. Ponderación de la atribución del uso de la vivienda en la pensión de alimentos y en la pensión compensatoria

Se ha considerado que *de facto* existe compensación patrimonial por la atribución del uso de la vivienda en cuanto se considera satisfacción in natura de la prestación alimenticia³⁶⁵.

El ACP parece ir en esta dirección al disponer en el art. 96.4 CC que «la atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla». Se sigue el criterio establecido con anterioridad en el art. 233-20.7 del CCCat que señala que «la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge».

No se trata de una compensación de deudas en sentido técnico (arts. 1192 CC)³⁶⁶, sino de que se tenga en cuenta la atribución del uso de la vivienda común o propiedad privativa de uno de los cónyuges, a la hora de fijar la pensión de alimentos para los menores o, en su caso la pensión compensatoria. Siendo ambas de naturaleza distinta, lo cierto es que, nacida la deuda alimenticia, ésta no es compensable con otros posibles gastos que por razón de la vivienda familiar deba satisfacer el cónyuge no custodio (art. 151 CC)³⁶⁷.

El Código Civil nada dice al respecto, pero entiendo que la posibilidad de computar el gasto de alojamiento a la pensión de alimentos se puede deducir

364. Sobre el *iter* parlamentario del art. 96 CC *vid.* VALLADARES, E., «Nulidad, separación, divorcio», *Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Madrid, 1982, pg. 426.

365. MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (artículo 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002, p. 379.

366. En tal sentido lo entiende VERDERA IZQUIERDO, B, *Incidencia de la modificación de medidas de la convivencia de un tercero en la vivienda familiar*, Libro homenaje al Prof. Rams Albesa, coordinado por Cuenca Casas, M, Anguila Villanueva, L y Ortega Domenech, J, Madrid, 2012, pág. 1644.

367. En este sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2000 (Recurso de Apelación 721/1999).

del art. 142 CC³⁶⁸, sin necesidad de una previsión específica. Hay que tener en cuenta que la prestación alimenticia es variable en función de las necesidades de los menores y la capacidad económica del alimentante. Si la vivienda es propiedad del progenitor no custodio en todo o en parte, y el uso se atribuye al otro, es claro que la necesidad de vivienda no habrá que valorarla a los efectos del cálculo de la pensión de alimentos porque tal necesidad no existe al estar ya cubierta, lo cual no sucedería si el régimen fuera de arrendamiento, ya que la renta abonada en tal concepto sí habría que incluirla. Si las necesidades son menores, la pensión siempre será menor. Por ello, por la propia esencia de la obligación de alimentos, indirectamente, la atribución del uso de vivienda propiedad del no custodio, afectará a la cuantía de la pensión, aunque no se diga de manera expresa por el legislador. La necesidad de alojamiento es una de las que deben atender los progenitores y las demás deberán satisfacerse en función de la capacidad económica y es imperativa su fijación cuando se trata de menores sujetos a patria potestad.

Sí habría, a mi juicio, auténtica compensación si se valora económicamente el uso de la vivienda, teniendo en cuenta, por ejemplo, las rentas que se abonan en inmuebles similares, prorrateando la parte que correspondería por el uso de los menores, únicos beneficiados por la pensión de alimentos tras el divorcio de sus progenitores. Tal renta operaría como un gasto a tener en cuenta en la prestación alimenticia, aplicándose el criterio de la proporcionalidad, de manera que como tal gasto se satisface *in natura* por el propietario de la vivienda, indirectamente el resto de los gastos serán menores. Las opciones son las siguientes.

Por ejemplo, se debe atender a los gastos de dos menores y se ha concedido el uso de la vivienda al cónyuge custodio, siendo propiedad exclusiva del otro.

- La renta que se abona de media en la zona por un inmueble de similares características asciende a 400 euros. La cantidad imputable a los menores sería 2/3 de 400 y que asciende a 266 euros.
- Otros gastos de los menores (parte proporcional de suministros, colegio, vestido y alimentación): 734 euros.

Total de necesidades a cubrir: 1.000 euros

El propietario no custodio aporta el 60% de los ingresos y el otro el 40%.

Según el criterio de proporcionalidad de la obligación de alimentos respecto a la capacidad económica de los obligados (art. 146 CC), el progenitor no custodio deberá abonar 600 euros de pensión. Como ya ha satisfecho por

368. ROCA TRIAS, *Comentario al art. 96 CC, en Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. I*, Madrid, 1984, p. 608.

razón del uso de la vivienda 400 euros, la pensión que debe abonar es de 200 euros. Esto es lo que implica, a mi juicio, ponderar el uso de la vivienda como *contribución en especie* para la fijación de los alimentos de los hijos, en el sentido propuesto por el Derecho catalán.

La otra opción es entender que el gasto por vivienda indirectamente reduce la pensión de alimentos por cuanto tal necesidad está cubierta³⁶⁹ y, por ello los gastos de los menores ascienden, en el ejemplo propuesto, solo a 734 euros. El progenitor no custodio se beneficia de tal circunstancia por cuanto al aportar la vivienda, no debe abonar gasto adicional y debe satisfacer el 60% de 734 euros, por lo que debe abonar la cantidad de 440 euros. Si no se atribuyera el uso de la vivienda al cónyuge custodio y se trasladara a una vivienda en alquiler, tal renta se computaría en la pensión alimenticia y, siguiendo con el ejemplo propuesto, si tal renta fuera de 400 euros, los gastos totales de los menores llegarían a 1.000 euros (pues no la totalidad de la renta se imputaría a los menores, sino solo 2/3). En este caso, la pensión alimenticia a pagar por el progenitor no custodio ascendería a 600 euros. Como se puede apreciar, las diferencias de planteamiento se traducen de forma evidente en el terreno cuantitativo.

A mi juicio, para que efectivamente se pudiera considerar como compensación patrimonial al cónyuge usuario por la vía de la reducción de la pensión alimenticia, *la atribución del uso de la vivienda familiar debería someterse a la regla de la proporcionalidad* propia de la pensión de alimentos, lo cual requeriría una regulación expresa. No basta para llegar a este resultado con que la ley se limite a señalar que la atribución del uso «se tendrá en cuenta para fijar la cuantía de la pensión alimenticia», tal y como hace el ACP. Deben establecerse y objetivarse los criterios para la computar el uso de la vivienda como contribución en especie. La indefinición de la norma generará inseguridad jurídica.

Ello no significa afirmar que el fundamento de la atribución del uso de la vivienda con base en art. 96.1 sea el pago de la obligación de alimentos, pues la necesidad de alojamiento se podría cubrir desde el punto de vista de la pen-

369. Este es el sentido que parece tener la afirmación de que la atribución del uso de la vivienda es una de las formas de contribuir a las cargas de conformidad con el artículo 154.1 en relación con el artículo 141.1 del Código Civil (ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pág. 388, MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (artículo 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002, p. 380, Más acertadamente a mi juicio, entiende RIBERA BLANES, B., *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 116 que «la aportación de un bien inmueble para contribuir a las cargas del matrimonio ha de valorarse atendiendo a la renta que tendría que satisfacer por el arrendatario de un bien de similares características, a un tercero. No sería difícil fijar el precio, simplemente habría que atender a los criterios de mercado».

sión alimenticia de otras posibles formas³⁷⁰. Lo que pienso es que, atribuido el uso al cónyuge por su condición de ostentar la custodia de los hijos comunes, los gastos derivados de la vivienda que asume el otro cónyuge por su condición de propietario, deben ponderarse como contribución en especie para la fijación de alimentos a los hijos y, en su caso, la pensión compensatoria en el sentido apuntado, aplicando la regla de la proporcionalidad. De seguirse la segunda opción apuntada, sólo se produciría una compensación indirecta³⁷¹ puesto que si la vivienda está pagada, el hecho de que los hijos habiten allí supone un ahorro del gasto que supondría alojarlos en otro inmueble. Al no existir ese gasto, indirectamente, la pensión alimenticia será menor.

El ACP dispone que la atribución del uso sobre la vivienda familiar «se tendrá en cuenta al fijar la cuantía (...) de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge (art. 96.4), en la línea marcada por el art. 233-20.7 del CCCat. Así mismo, el art. 9 de ACP modifica el art. 97 CC introduciendo una nueva circunstancia que deberá tenerse en cuenta para fijar la pensión compensatoria por desequilibrio económico: «la atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión y el régimen de asunción de los gastos que la misma genere». Parece seguirse el mismo criterio que el contemplado en el art. 233.15. e) CCCat que a la hora de establecer los criterios a tener en cuenta para la fijación de la pensión compensatoria dispone que se valorarán especialmente «los nuevos gastos familiares del deudor, si procede».

Sin embargo, tal equivalencia no es total. En el texto del ACP se refiere a los gastos de la vivienda dada en uso que genera para el propietario que no puede habitar en ella (por ejemplo, IBI, préstamo hipotecario etc.). Es decir, se valora el empobrecimiento del deudor referido a la vivienda familiar, pero no se tienen en cuenta los nuevos gastos que el propietario no usuario tiene que asumir para satisfacer su *propia* necesidad de vivienda. Así, por ejemplo, si el inmueble cuyo uso se ha atribuido al cónyuge que ha padecido el desequilibrio económico, se encuentra pagado en su totalidad (porque ya se abonó la totalidad del préstamo hipotecario), los gastos a valorar serán el IBI y, en su caso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros³⁷². Por lo tanto, son los gastos que «la

370. Vid. sobre esta cuestión, SALAZAR BORT, S, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Cizur Menor, 2001, p. 64 y ss.

371. CERVILLA GARZÓN, MD, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005, pág. 156.

372. El art. 8 de ACP introduce en el art. 96.5 CC la regla de que tales gastos corresponden al usuario salvo que sean abonados por el propietario: «Mientras se mantenga la atribución de uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario

misma» (la vivienda familiar) genere los que se tienen en cuenta como pago en especie de la pensión compensatoria. Si por ejemplo tales gastos ascienden a 300 euros mensuales y a su vez el propietario debe alquilarse un inmueble de similar categoría cuya renta es de 600 euros mensuales, solo los 300 euros se valorarán como pensión compensatoria, sin que se pueda tener en cuenta el «ahorro» que le supone al cónyuge usuario disfrutar de una vivienda de tales características por referencia a las rentas de mercado que pagan por un inmueble de iguales características. Por lo tanto, si se fijara una pensión compensatoria, por ejemplo, de 600 euros, solo 300 cabría considerarlos pago en especie. No se tiene en cuenta, por tanto, la carga total que para el propietario supone la privación del uso. Se compensa pero no se repara, cosa que solo se lograría teniendo en cuenta el enriquecimiento real del usuario y el empobrecimiento efectivo del deudor.

El criterio adoptado por el CCCat es diferente porque valora «los nuevos gastos familiares del deudor». Aquí, entiendo que sí se tiene en cuenta, por ejemplo, la renta (que en el ejemplo era de 600 euros) que se vea obligado a pagar el propietario por el alquiler del inmueble, además de los que todavía debe abonar por su condición de dueño de la vivienda familiar cuyo uso ostenta el cónyuge custodio. Creo que el ámbito de aplicación del precepto es más amplio y a mi juicio, más correcto por cuanto se tienen en cuenta ambas variables: los gastos de la vivienda que tiene que seguir abonando el propietario y los gastos que le genera abandonar la vivienda familiar.

4.2. Atribución del uso de la vivienda y liquidación de gananciales

En caso de que los cónyuges se encuentren casados en el régimen de sociedad de gananciales, habida cuenta del valor patrimonial que tiene la adjudicación del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, cabe plantearse si puede computarse como tal carga en la liquidación de la sociedad de gananciales³⁷³, imputándose su valor como adjudicación al cónyuge usuario, sobre todo en los casos en los que se adjudica la propiedad de la vivienda familiar al cónyuge no usuario.

Y es que, de no operar de esta forma, el cónyuge usuario tenderá a que en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudique la propiedad en todo o en parte al otro cónyuge pues le sale más rentable si el uso no le supo-

o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por periodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupare la vivienda».

373. Trata específicamente este problema VELÁZQUEZ MARTÍN, *Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales*, cit., pp 343 y ss.

ne coste alguno. Para evitar esta situación, se ha postulado que, atribuido el derecho de uso a uno de los cónyuges, en el proceso de liquidación de gananciales la tendencia debe ser adjudicar la propiedad de la vivienda al cónyuge usuario, de manera que se extinga el derecho de uso por consolidación con la propiedad o más bien que tal derecho de uso no nazca por ser ya propietario de la vivienda el progenitor custodio. Así lo entendió el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 31). Pero obsérvese que para el cónyuge usuario tal opción puede ser «letal», pues normalmente se generará una sobreadjudicación que provocará un derecho de reembolso para el cual puede no tener liquidez y le obligue a sobreendeudarse.

Ningún interés tiene el cónyuge usuario en adjudicarse la propiedad de la vivienda cuando, adjudicándosele al esposo, el usuario «vive gratis» y además casi con toda probabilidad se convierta en acreedor de su consorte por un derecho de reembolso por razón de la sobreadjudicación que se realice a favor de otro cónyuge. Como se ve, si el derecho de uso es «gratis», también en el terreno de la liquidación de la sociedad de gananciales se favorece la confrontación entre los cónyuges y, a mi juicio, un enriquecimiento injustificado (aunque sea con base en el art. 96 CC) a favor del cónyuge usuario, incluso en los casos en los que tras la liquidación, los cónyuges se atribuyen la propiedad de la vivienda por partes iguales en un régimen de comunidad romana por cuotas (art. 392 y ss CC). El derecho a poseer el inmueble correspondiente a todo copropietario, se ve bloqueado por el derecho de uso atribuido en el proceso de crisis matrimonial al copropietario custodio.

De ahí que de las pocas sentencias del Tribunal Supremo favorables a este planteamiento, como es el caso de la 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10113), se entienda que «no cabe admitir que en el momento de la liquidación de la sociedad, se produzca un enriquecimiento sin causa legítima, apoyándose en el torcido criterio de que el uso le pertenecía ya por virtud de la sentencia firme de separación», concluyendo que «resulta, por ello ajustado a Derecho la solución que al problema dio la sentencia de primera instancia que tuvo en cuenta tales circunstancias, pero no como una carga que gravite sobre el inmueble, esto es como una carga que debe descontarse de su valor total sino como ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiado por dicha atribución de uso». En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 25 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 72804): «se ha de partir de que el derecho de uso de la vivienda familiar constituye un activo ganancial como beneficio o fruto implícito a la misma, y su atribución en exclusiva a uno de los cónyuges conlleva inevitablemente un desequilibrio patrimonial entre ambos, considerándose así, tanto por la atribución de un derecho con un valor económico a uno de los cónyuges, como por la privación al otro cónyuge de los beneficios derivados del disfrute de ese derecho que con anterioridad

detentaba». También en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 2 de julio de 2012 (JUR 2012, 367758).

Efectivamente, cuando tras la extinción de la sociedad de gananciales se adjudica el uso, propiedad en parte común o privativa del otro progenitor, hay que distinguir dos perspectivas: por un lado, la necesidad de alojamiento de los menores (auténticos beneficiarios de la norma, pero no titulares del derecho de uso)³⁷⁴ y, por otro, la necesidad de alojamiento del progenitor custodio. Aunque el objetivo de la medida no es satisfacer ésta, la misma se logra por efecto reflejo de la convivencia con los menores. Pues bien, cuando me refiero a la necesidad de que se compute el uso de la vivienda en la liquidación de la sociedad de gananciales, me estoy refiriendo a la utilidad del inmueble que percibe el progenitor usuario respecto del que no opera la finalidad asistencial cuando la atribución del uso se lleva a cabo por su condición de cónyuge custodio. Tal uso entiendo que debe ser valorado e incorporado al activo adjudicado al cónyuge usuario.

Para la valoración del derecho de uso, valdría el criterio imperante en la legislación fiscal, en particular, el art. 10 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados³⁷⁵, que establece los criterios de valoración de los derechos reales de usufructo, uso y habitación, estableciéndose dos modos distintos en función del carácter temporal o vitalicio del derecho.

Ello encontraría dificultades en los casos en los que no está determinado la duración del uso³⁷⁶, como es el caso del atribuido al cónyuge que tenga la

374. Resolución de la DGRN de 9 de julio de 2013.

375. 1. *La base imponible está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda. Únicamente serán deducibles las cargas que disminuyan el valor real de los bienes, pero no las deudas aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca.*

2. *En particular, serán de aplicación las normas contenidas en los apartados siguientes:*

a) *El valor del usufructo temporal se reputará proporcional al valor total de los bienes en razón del 2 por 100 por cada período de un año sin exceder del 70 por 100. En los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando, a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1 por 100 menos por cada año más con el límite mínimo del 10 por 100 del valor total. El usufructo constituido a favor de una persona jurídica si se estableciera por plazo superior a treinta años o por tiempo indeterminado se considerará fiscalmente como transmisión de plena propiedad sujeta a condición resolutoria. El valor del derecho de nuda propiedad se computará por la diferencia entre el valor del usufructo y el valor total de los bienes. En los usufructos vitalicios que, a su vez, sean temporales, la nuda propiedad se valorará aplicando, de las reglas anteriores, aquella que le atribuya menor valor.*

b) *El valor de los derechos reales de uso y habitación será el que resulte de aplicar al 75 por 100 del valor de los bienes sobre los que fueron impuestos, las reglas correspondientes a la valoración de los usufructos temporales o vitalicios, según los casos.*

376. El art. 8 ACP se refiere al carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda

custodia de los hijos comunes, en tanto no es posible saber el momento en el que alcanzarán la independencia económica. Sin embargo, entiendo que cabría hacer una valoración aproximada de la duración, pues tampoco se trata de «reparar» el perjuicio que sufre el cónyuge no adjudicatario, dado que la medida tiene carácter asistencial. Cuando se atribuye al cónyuge custodio por razón de los hijos, mediatamente se beneficia a un cónyuge que posiblemente en otras circunstancias no habría tenido derecho al mismo con base al párrafo tercero del art. 96, por lo que entiendo que la compensación debería proceder en la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque en menor proporción, dada la ponderación que del uso debe hacerse en la pensión alimenticia. A estos efectos, la duración sería la estimada independencia de los menores con objeto de proceder a una capitalización y adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Si el cónyuge custodio se convierte en propietario exclusivo tras la liquidación de la sociedad de gananciales, le corresponden *iure proprio* los gastos que en tal concepto se deriven. Ello significa que la necesidad de alojamiento de los menores, la satisface el cónyuge usuario, de forma que a la hora de fijar la pensión de alimentos para los menores que debe abonar el progenitor no custodio, una parte proporcional de tales gastos es imputable a los menores por lo que debe considerarse como necesidad satisfecha en especie por el progenitor custodio, de forma que su participación en el resto de los gastos sea menor. Es decir, el propietario de la vivienda, sea usuario o no, debe satisfacer por tal concepto una serie de gastos a través de los cuales se satisface la necesidad de vivienda de los menores. Ello tiene que ser tenido en cuenta siempre a la hora de fijar la pensión de alimentos.

Por ejemplo, si tras la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge custodio se hace adjudica la vivienda ganancial y la misma genera unos gastos de 600 euros. Teniendo a su cargo dos hijos menores, 400 euros (2/3 del total) son imputables a los menores. La proporción de ingresos de ambos progenitores es de 60% para el no custodio y 40% para el custodio. El resto de los gastos de los menores ascienden a 600 euros. Por lo tanto, si los totales (incluido los de alojamiento) son 1.000 euros, el progenitor no custodio abonaría 600 euros

familiar. Así lo dispone en el nuevo art. 96.3 CC: «En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas».

y el custodio 400. Como éste ya abona los gastos de alojamiento, no tendrá que hacerse cargo del resto. Lo digo porque aunque en el procedimiento de crisis matrimonial, sólo se fija una pensión de alimentos que debe abonar el no custodio, ello no significa que el cónyuge custodio no tenga obligación de contribuir a la cobertura de las necesidades de los menores (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3021)). Aunque se adjudique la propiedad de la misma tras la liquidación de gananciales, una parte proporcional del coste derivado de la propiedad constituye contribución en especie a la cobertura de la necesidad de vivienda que debe ser valorada a los efectos de la fijación de la pensión alimenticia en el sentido señalado y tanto cuando el propietario es el usuario como cuando lo es el no custodio.

El verdadero problema se plantea, como he dicho, cuando el adjudicatario de la vivienda ha sido el cónyuge no custodio o, directamente, se han adjudicado los cónyuges la vivienda familiar a partes iguales en régimen de comunidad de bienes, en el propio convenio regulador. Cuando se adjudica la propiedad del inmueble al cónyuge no usuario, su empobrecimiento es evidente, pues debe asumir los gastos derivados de la propiedad, sin tener derecho a poseer el inmueble, además del citado derecho de reembolso que probablemente se generará por hacerse con la propiedad del bien (en el caso –frecuente en la práctica– de que se hayan satisfecho los gastos de la vivienda privativa con recursos comunes, art. 1358 CC). De ahí que al menos en la liquidación de la sociedad de gananciales deba, a mi juicio, computarse el derecho de uso³⁷⁷ como activo que recibe el cónyuge adjudicatario.

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho, mayoritariamente la postura de la jurisprudencia es la de negar que pueda compensarse el derecho de uso en las operaciones de liquidación de gananciales. En este sentido, la sentencia del TS de 23 de enero de 1998 (RJ 1998/151) señala que: «la adjudicación del uso del domicilio familiar (...), no es un plus de atribución a la hora de partir, sino un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela y en ningún caso cabe hablar de derecho de usufructo». La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de julio de 2002 (JUR 2002, 279710) resume la jurisprudencia relativa a si el uso y disfrute debe tener algún reflejo en las operaciones liquidatorias del haber ganancial sustentando su argumentación en que no se trata de un derecho real y ello «pone en entredicho el criterio de quienes, a partir de esa premisa, consideran la posibilidad de su ponderación como carga que afecta al valor del bien o deuda

377. En este sentido, LÓPEZ-BREA, *El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial*, en *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales*, Madrid, 2010, p. 300. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007 admite que se compute el uso de la vivienda como carga.

frente a la sociedad». Y añade que «su consideración como carga que provoca una disminución del precio o valor del bien se asienta sobre una premisa apriorística que se aprecia endeble, pues no contiene nuestro ordenamiento regla alguna de la que resulte que la existencia de una carga o gravamen sobre el bien determina una disminución de su valor en el mercado; otra cosa es si pueda provocar mayores dificultades en la venta del bien, y, de otro lado, en cuanto a su consideración como deuda de la sociedad, se plantea, entonces, quien es el acreedor de esa deuda». Y esto es lo que pasa con el beneficio de uso y disfrute y la liquidación del haber ganancial, pues si la decisión sobre la dicha medida debe venir resuelta en razón a criterios asistenciales respecto de los hijos y al cónyuge más débil o necesitado, contemplándose la vivienda familiar, no desde un plano material, sino como «un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente unipersonal que en ella se asienta». También justifica la ausencia de valoración del uso en la liquidación de la sociedad de gananciales en el carácter asistencial de la medida. En suma, el derecho de uso sobre la vivienda conyugal pueda tener una cierta trascendencia «erga omnes» y acceder al Registro de la Propiedad, pero, a efectos de liquidación de la sociedad de gananciales, no puede ser considerado como una carga que infravalore la propiedad. No integra un crédito del titular del derecho contra la comunidad, sino una forma de protección del interés más necesitado dentro de la familia en crisis, que tiene alcance «erga omnes», pero que no constituye propiamente un derecho real ni otorga un plus de protección respecto a la situación posesoria que ostentaba la familia antes de la decisión familiar, no encajando, en definitiva, en ninguno de los conceptos del pasivo que se contienen el art. 1398 CC (Sentencia de la AP de Zaragoza de 1 de abril de 2003 (AC 2003, 1227)).

El obstáculo básico a la admisión de la compensación del derecho de uso en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales se centra en el carácter asistencial de tal medida, complemento de la prestación alimenticia. Sin embargo, hay que tener presente que cuando tal uso se hace a favor del cónyuge que ostenta la custodia de los hijos comunes, el carácter asistencial incide en éstos y no necesariamente en aquél por lo que el argumento de dicho carácter no tiene, a mi juicio, peso suficiente.

Por otro lado, el hecho de que se considere que el derecho de uso no tiene carácter real tampoco me parece argumento suficiente en la medida que, como he razonado anteriormente, a pesar de que nominalmente la jurisprudencia le niegue tal carácter, lo cierto es que se comporta como tal, actuando como carga oponible *erga omnes*, siendo irrelevante que se configure como derecho especial familiar o no. Lo que me parece criticable es afirmar como se hace en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1 de abril de 2003 (AC 2003, 1227) «el derecho de uso sobre la vivienda conyugal

pueda tener una cierta trascendencia «erga omnes» y acceder al Registro de la Propiedad, pero, a efectos de liquidación de la sociedad de gananciales, no puede ser considerado como una carga que infravalore la propiedad». Si sobre la finca hay un derecho oponible erga omnes, ello infravalora la propiedad y afirmar lo contrario creo que es ir contra la realidad de las cosas y sumergirse en la abstracción de los conceptos sin solucionar de manera coherente problemas reales. El cónyuge usuario puede oponer su derecho frente a terceros lo que ocasiona que el inmueble necesariamente padezca una disminución de valor de mercado porque el derecho de uso tiene un valor económico que mengua el valor de salida del inmueble. Es obvio que al potencial comprador del inmueble que es vivienda familiar no le es indiferente el tener que respetar la posesión de un tercero en el mismo que no tener que hacerlo. En definitiva, aunque el cónyuge usuario cuando tiene la custodia de los hijos comunes no es el beneficiario de tal medida³⁷⁸, el hecho cierto es que se beneficia de ello y en ningún precepto del Cc se señala que tal beneficio deba ser gratuito.

4.3. La compensación económica independiente

Como he señalado repetidamente, la función asistencial de la atribución del uso de la vivienda familiar, particularmente cuando se atribuye al otro progenitor por razón de la guarda de los hijos, no es incompatible con su compensación patrimonial que se justifica por el enriquecimiento que obtiene el cónyuge usuario y no los hijos que son los auténticos beneficiarios. En esta medida debe ser, a mi juicio, objeto de compensación autónoma para los casos en que no exista la posibilidad de computarlo en la liquidación de la sociedad de gananciales (porque no rija tal régimen), ni de imputarlo a una eventual pensión compensatoria porque no proceda por darse una situación de desequilibrio económico que la justifique.

Piénsese en un supuesto de cónyuges casados en régimen de separación de bienes, donde el cónyuge custodio tiene importantes ingresos y la propiedad es en todo o en parte propiedad del otro progenitor. A mi juicio, no hay una razón que justifique la ausencia de compensación a un propietario privado de

³⁷⁸. En este sentido, la sentencia de la AP de Madrid de 20 de junio de 2002, señala que «debe precisarse que la valoración de los bienes en el procedimiento de liquidación es una de las cuestiones que más problemas plantea. Uno de ellos es precisamente la valoración del derecho de uso de la vivienda conyugal cuando las sentencias de separación o divorcio atribuye su uso a uno solo de los cónyuges o a él y a los hijos menores del matrimonio, en cuyo caso si se entiende que son estos últimos los beneficiarios directos de la medida de uso de la vivienda y no el cónyuge que los tiene bajo su custodia, estaremos ante un simple complemento de la contribución alimenticia, similar a la obligación que se presta en base al art. 93 del CC y como tal no computable en el momento de la partición».

su posesión y que puede tener una situación patrimonial más negativa que la del cónyuge custodio. Más que pelear por privarle del uso por ser el interés del dueño más necesitado de protección, parece una solución más «saludable» que el custodio pueda compensarle patrimonialmente.

Esta es la opción que, acertadamente, acogió el artículo 6 de la Ley de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Ley 5/2011, de 1 de abril, en adelante LRVF)³⁷⁹: *«En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores».*

Como se puede apreciar, se valora el enriquecimiento que percibe el cónyuge usuario con referencia al coste que una vivienda de similares características tendría en el mercado, para lo que será necesario aportar al procedimiento justificaciones o informes de agentes de la propiedad inmobiliaria que acrediten lo que se abona en concepto de renta en la zona donde se encuentre ubicada la vivienda, teniendo en cuenta, además las características propias de la misma³⁸⁰. Tal y como está redactada la norma, sí parece excepcionarse la regla del art. 151 CC por cuanto permite la compensación de la deuda de alimentos con la que se le deba al obligado a prestarlos por razón de la concesión del uso de la vivienda. Dado que la compensación viene a subsanar el enriquecimiento del cónyuge usuario, entiendo que solo podrá imputarse a los gastos ordinarios una parte proporcional de tal renta que sirve como baremo para fijar tal compensación. Así, por ejemplo, existiendo dos hijos menores, y siendo la renta abonada en la zona por el uso de una vivienda de similares características de 600 euros, solo 400 deberían compensarse con los gastos ordinarios.

Por otro lado, a pesar de ello, será preciso delimitar ambas cantidades (gastos ordinarios y compensación por uso de la vivienda), ya que al ser el uso de la vivienda una medida de carácter temporal, en caso de cese del uso, el propie-

379. Esta ley ha sido declarada inconstitucional en Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. A pesar de ello, el análisis de su regulación en relación con la compensación por privación del uso, me parece que justifica su mención en este trabajo.

380. CORDERO CUTILLAS, I, *Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, Actualidad Civil, marzo 2013, núm. 3.

tario deberá abonar todos los gastos ordinarios sin necesidad de que haya que recurrir a una modificación de medidas con objeto de adaptar la pensión de alimentos a la nueva situación creada cuando el dueño recupera su vivienda.

La ley valenciana establecía el derecho a la compensación también en el caso de que el uso se atribuya al cónyuge que tenga más dificultades para acceder a la vivienda³⁸¹ (art. 6.1), aunque no se le haya concedido la custodia. En este supuesto, y habiendo divorcio el cómputo de la misma con los gastos ordinarios tiene dudoso alcance, salvo que se refiera a su valoración para el pago de la pensión compensatoria que en su caso se haya fijado, dado que no existe derecho de alimentos entre divorciados.

Con todo, y mostrándome favorable a una compensación económica a favor del propietario privado del uso de la vivienda, me parece criticable la imperatividad de la norma valenciana que no permitía al juez valorar las circunstancias del caso concreto al señalar que «se fijará» una compensación. Si a ello se une el dato que la custodia de los menores no es el criterio decisivo para que sea atribuido el derecho de uso, sino las dificultades de un progenitor de acceder a una vivienda, siempre que ello sea compatible con los intereses de los menores, no se entiende bien el rigor de la norma. Si se le concede el uso al cónyuge con más dificultades económicas, éstas también pueden impedirle el pago de una compensación al propietario, referenciada a una renta de mercado en viviendas de similar categoría.

Más equilibrada me parece la regulación contenida en el Código Civil francés que prevé la posibilidad en el art. 285.1 del *Code*³⁸² de que el juez fije un

381. Así lo disponía el art. 6.1 LEY 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (*no vigente por haber sido declarada inconstitucional*): *A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores».*

382. *Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande. Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient».*

arrendamiento forzoso del inmueble privativo de uno de los cónyuges cuando se atribuye su uso al otro por razón de la custodia de los hijos comunes. El juez *podrá* fijar un arrendamiento forzoso atendiendo a las circunstancias y capacidad económica del cónyuge usuario³⁸³. Se prescinde de la imperatividad propia de la Ley valenciana, siendo a mi juicio, más equilibrada la solución del Derecho francés. La duración de tal arrendamiento viene a coincidir con el periodo de tiempo que tarden los menores en alcanzar la mayoría de edad y puede revocarse tal medida en caso de nuevo matrimonio del usuario o convivencia marital con terceros, o cambio en la capacidad económica del usuario³⁸⁴ o el cese de la convivencia con los menores³⁸⁵ tal y como se deduce del último inciso del precepto que permite la revisión de la medida si sobrevienen circunstancias que lo justifiquen. Se trata de un arrendamiento que presenta ciertas particularidades, con cierto carácter personalísimo en tanto que el usuario no puede ceder su derecho a terceros. Fallecido el propietario, tal arrendamiento es inoponible a los herederos por lo que se producirá su extinción³⁸⁶.

También es posible en el Derecho francés que el uso de la vivienda familiar se atribuya en concepto de pensión compensatoria cuando se den todos los requisitos para la procedencia de ésta³⁸⁷. En suma, la patrimonialidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar privativa de uno de los cónyuges es característica en el Derecho francés y, como se puede apreciar, no es incompatible con la función asistencial de tal medida.

Una solución similar es acogida en el Derecho alemán, cuando se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar a un cónyuge puede solicitarse al juez, por cualquiera de las partes, la constitución de una relación arrendaticia. Según el § 1568 a, n° 5, esta relación arrendaticia se registrará por las condiciones habituales en el lugar, lo que implica que el juez, al fijar la renta, deberá atenerse, como regla, al importe de la renta media de mercado en el lugar

383. BEAUCHARD, *Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce*, JCP N 1982 p.63, n° 38 et ss.

384. J. BEAUCHARD, *Le bail forcé du logement cit.*, p. 63, n° 73.

385. GARE, Th, in *Droit du logement, droit au logement et stratégies familiales*, dirigido por J. RUBELLIN DEVICHI, Presses universitaires de Lyon 1988, p. 46.

386. COUTANT-LAPALUS, CH, *Le sort du logement de la famille en cas de séparation du couple*, AJ Famille 2008, p. 364.

387. Art. 274 Code: «Le juge décide des modalités selon lesquelles s'exécutera la prestation compensatoire en capital parmi les formes suivantes:

1° Versement d'une somme d'argent, le prononcé du divorce pouvant être subordonné à la constitution des garanties prévues à l'article 277.

2° Attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit, le jugement opérant cession forcée en faveur du créancier. Toutefois, l'accord de l'époux débiteur est exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation».

de que se trate, si bien debe tenerse en cuenta que, cuando la vivienda es de propiedad común de ambos cónyuges, lo que debe pagar por el cesionario del uso será la mitad del valor de la renta arrendaticia estimada. Pero incluso si ninguno de los cónyuges reclama la constitución de una relación arrendaticia (porque, por ej. dejan transcurrir el plazo de un año con posterioridad al divorcio que prevé el § 1568 a, n° 6, para llevar a cabo tal solicitud), la doctrina observa que el propietario o copropietario privado de la vivienda tendrá todavía derecho a una indemnización o compensación por el uso de acuerdo con las reglas generales en materia de posesión (§§ 987,1; 990,1; 100) o las relativas a la copropiedad (§ 745,2)³⁸⁸.

El ACP no afronta con eficacia el desequilibrio que genera la atribución del uso de la vivienda familiar, por lo que es previsible que la litigiosidad que actualmente genera se mantendrá tras la reforma. Sólo se introduce la posibilidad de que la atribución del uso de la vivienda se pueda tener en cuenta para fijar, en su caso, la pensión compensatoria del cónyuge que haya padecido un desequilibrio económico y la pensión de alimentos a favor de los menores, sin aportar criterio alguno para que se pueda proceder a tal valoración. La situación de desequilibrio es evidente y constituye un estímulo negativo a la salida convencional de la crisis. De nada vale postular la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, si el acudir a un procedimiento judicial le supone a uno de los cónyuges indudables ventajas. La regulación proyectada es, a mi juicio, insuficiente: debe concederse al juez la posibilidad de fijar una compensación patrimonial para el cónyuge no titular, en función de la capacidad económica del usuario.

4.4. Convivencia extramatrimonial del cónyuge usuario con un tercero

La gratuidad del derecho de uso puede provocar situaciones indeseables cuando, atribuido el uso de la vivienda al cónyuge no titular por razón de la guarda de los hijos comunes, dicho cónyuge inicia una convivencia marital con una tercera persona en el inmueble propiedad privativa del otro que deberá abonar la deuda hipotecaria que en su caso pese sobre la vivienda familiar en la que habita un «tercero». Si nada se ha pactado en convenio regulador³⁸⁹,

388. SANTOS MORÓN, MJ, *op. cit.*, p. 29.

389. Se viene admitiendo por la jurisprudencia la posibilidad de pactar en el convenio regulador el condicionamiento de la subsistencia del derecho de uso a que el cónyuge usuario no conviva con un tercero. Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994, 342) se enjuicia la validez de una cláusula redactada en estos términos: «...el uso del domicilio conyugal queda adjudicado por tanto a la madre e hijas, no pudiendo vivir en dicho domicilio, sin el consentimiento del esposo, ninguna persona ajena a las anteriormente mencionadas». El tribunal admite la validez del pacto que en su momento se admitió al aprobar el convenio regulador: No puede invocarse, en

¿podría por este solo hecho solicitar el propietario de la vivienda una modificación de medidas y recuperar el uso de la vivienda familiar? La misma situación se plantea obviamente cuando el cónyuge usuario contrae nuevo matrimonio y su nuevo marido/mujer se traslada a vivir a la vivienda habitual propiedad del padre de sus hijos. Esta causa está prevista para la extinción de la pensión compensatoria (art.101 CC), pero no para la atribución del uso sobre la vivienda.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 21 de junio de 1999 (JUR 1999, 272220) se considera que la convivencia de un tercero, pareja de la madre, en la vivienda habitual es un «motivo carente de entidad legal a efectos revocatorios de la medida en controversia». En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sec. 2ª), de 29 de julio de 2004: *«el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge que tiene asignada la guarda y custodia de los hijos menores en atención a ser éstos el interés más necesitado de protección, y esta atribución del uso no viene legalmente sujeta a limitación o condición alguna en tanto sigan los hijos –aún mayores, si se cumplen los requisitos exigibles– siendo necesitados de protección. Por esta razón, entendemos que la decisión del Juzgador de instancia ahora examinada efectivamente prima el interés económico del actor apelado sobre el interés superior de quienes se hallan más necesitados de protección que, en este caso, también es junto a ellos la madre de los menores, siendo que por lo demás tal restricción no solo carece de fundamento legal, sino que supone en la práctica una restricción del derecho al desarrollo personal de la ahora apelante».*

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2011 (JUR 2011/239853), reconoce que la queja del propietario es «humanamente, si se quiere, comprensible, pero jurídicamente inatendible, y se centra en un sentimiento de injusticia por la utilización de dicha vivienda por un tercero que no paga nada por ello y que además tiene una vivienda en propiedad, dando por supuesto que esta situación le ocasiona un daño, cuando lo cierto es que su perjuicio económico, proviene directamente de la

tales condiciones de configuración del derecho cuestionado, como criterio impeditivo de la eficacia de la estipulación convenida, el «interés de los hijos». Es indudable que tal interés debe ser valorado como criterio primordial a la hora de establecer las referidas medidas personales y patrimoniales, pero en el caso de autos, en su día ya se verificó tal valoración, sin encontrar contradicción, respecto al mismo en la cláusula, que ampara la pretensión del demandante ahora recurrente. Por el contrario, no se admite una cláusula en convenio que limite el derecho de uso si el usuario convive con un tercero en la vivienda familiar, en la sentencia de la AP de Lérida de 17 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 8245). La decisión se sustenta en la doctrina emanada de la sentencia del TS de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015, 1919) por virtud de la cual *«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».*

prevalencia que el legislador ha otorgado al interés de los menores, y no del comportamiento de la demandante, que se atiende, en el ejercicio del derecho de uso conferido, a la finalidad que le es propia, sin que, desde esta perspectiva, suponga agravamiento alguno en su posición el uso de la vivienda familiar por un tercero, cuya situación económica, a estos efectos, es irrelevante. Y es que, en definitiva, en el caso enjuiciado no cabe apreciar circunstancia excepcional alguna que justifique la limitación temporal al derecho de uso sobre la vivienda familiar que corresponde, de manera directa, al hijo común menor de edad, y solo de forma mediata a su madre, pues el único interés que, a este respecto, se alega por el padre del menor no es otro que la imposibilidad de obtener un inmediato rendimiento económico del derecho de copropiedad sobre dicha vivienda, pero no un interés que, por excepcionales circunstancias, le pudieran legitimar para pedir el uso de dicha vivienda para sí mismo (...).

Tampoco se considera que se trate de un caso de abuso del Derecho «pues el comportamiento que se reprocha a la demandante (convivencia marital en la vivienda familiar con su actual pareja, en compañía del hijo de los litigantes y del habido de esa nueva relación, y no en la vivienda propiedad de dicha pareja) no resulta contrario a la ley, ni formal, ni sustancialmente» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 3 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 90760). En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 4 de octubre de 2000 (RJ 2000, 42215).

Contraria es la solución que la Audiencia Provincial de Almería dio al mismo supuesto en la sentencia de 19 de marzo de 2007 (AC 2007, 505). Disuelto el matrimonio por divorcio, se atribuye el uso de la vivienda común (era ganancial pero no se ha procedido a la liquidación de gananciales por lo que integra la comunidad post ganancial) de ambos cónyuges, a la esposa que obtuvo la custodia del hijo común. Iniciada por la madre del niño una convivencia marital con un tercero que pasa a residir en la vivienda familiar, la AP considera que «resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso del tan reiterado piso (art. 91, último inciso CC), ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece inadmisibles por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. Y es que, en definitiva, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a

la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando.

Lo dicho, como se ve, ni afecta a la medida relativa a la custodia del hijo menor del matrimonio, que no hay razón para modificar, ni implica tampoco la atribución al marido de la vivienda debatida, para lo cual no habría ninguna razón válida, sino que significa, sin más, que el interesado podrá instar en cualquier momento la liquidación del inmueble común que constituyó el domicilio familiar, solicitando su venta para la equitativa distribución del precio, o conviniendo la adjudicación a uno de los cotitulares, con la correspondiente compensación a favor del otro. Esto conjuga perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso de derecho. Debemos además añadir que la sustancial mejora de la situación económica de la madre desde la separación hasta el momento presente, perfectamente acreditada en autos, le hace capaz de hacer frente a la adquisición de otra vivienda o de la mitad de la que tiene junto con el recurrente, si a este acuerdo llegaran³⁹⁰.

Sí entiende que hay alteración de las circunstancias, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de mayo de 2011: *«si bien es verdad que por sentencia de fecha 12-7-2005 se atribuyó el uso de la vivienda familiar a los hijos del matrimonio así como a la madre al atribuírsele a la misma la custodia de los mismos, y así se mantuvo tanto en la sentencia de divorcio de fecha 29-5-2006, como en la dictada por esta Sala en 11-1-2007, no es menos cierto que en la actualidad la esposa ha formado una nueva familia, al haberse casado con otra persona con la que tiene un hijo, con lo que la primitiva vivienda familiar ha pasado a ser también vivienda familiar de su nueva familia, perdiendo así, en parte, su antiguo carácter de vivienda familiar, lo que unido al tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia de separación así como el amplio régimen de visitas, que casi supone una custodia compartida, hace que la Sala limite el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y en todo caso por un plazo máximo de dos años a contar de la fecha de la sentencia de la instancia.»*

390. En la sentencia de la AP Granada de 14 de diciembre de 1992, ante un supuesto también de convivencia marital de un tercero en la vivienda familiar se deniega la solicitud de modificación de medidas en orden a la atribución del uso sobre la vivienda familiar, pero se señala que el marido podrá proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la venta del inmueble para que se proceda al reparto del precio obtenido entre los cónyuges. Solución cuanto menos curiosa, porque la enajenación en pública subasta requiere el consentimiento del otro cónyuge, que además era copropietario de la vivienda, y caso de hacerla autónomamente el cónyuge no custodio, el adquirente en pública subasta deberá respetar el derecho de uso.

Más lejos va la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de julio de 2012 (JUR 2012, 307999) en la que se declara la extinción del derecho de uso en un caso en el que el cónyuge usuario ha tenido otro hijo con el tercero con el que convive en la que era vivienda familiar con su primer marido y que era además privativa de este:

Después de enumerar los hechos se señala que *«lo anterior, por su simple lectura, resalta lo incomprensible e injusto que puede llegar a ser pretender la continuación en el uso de una vivienda que ha dejado de ser familiar –de la primitiva familia, la formada por los ahora actor y demandada– para convertirse en el domicilio, además gratuito, de la nueva familia de la demandada, pues no otra cosa ha sucedido con el devenir de los tiempos, y aun cuando pudiera llegar a entenderse la postura de la demandada, desde el punto de vista estrictamente económico, no lo puede ser desde el punto de vista moral e, incluso, jurídico; en efecto, no es serio pretender que sea el antiguo esposo, por el mero hecho de tener con el mismo un hijo, el que proporcione una vivienda no sólo a ese hijo, sino asimismo a la nueva pareja, al hijo habido con la misma pareja y, temporalmente, a la hija de la pareja, pues, en la actualidad, existen, en puridad, dos familias: de un lado el actor y de otro la demandada junto con su pareja y el hijo que ambos han tenido. Por ello, en casos como el de autos, la vivienda que fue conyugal deja de cumplir la finalidad que la misma tiene en cualquier procedimiento: garantizar el que los hijos tendrán una vivienda digna en la que vivirán, pues ello deberán cumplirlo ya ambas partes, sin necesidad de atribuir siempre su uso al hijo a fin de evitar situaciones como la de autos, cuando fácilmente va a tener cubierta esa necesidad el hijo, sin que ello supongan, en modo alguno, dejación de sus obligaciones parentales por parte del padre, que sigue contribuyendo a los alimentos de su hijo con una suma muy acorde a sus necesidades.*

La solución adoptada por estas sentencias me parece «justa», pero no considero que sea conforme al art. 96.1 CC. Si la atribución del uso de la vivienda se realiza al cónyuge, pero en atención a la guarda que ostenta sobre los hijos, siendo éstos los beneficiados de tal medida, me parece claro que no se ha producido una alteración extraordinaria de las circunstancias que afecte a los menores que, insisto, es en atención a los cuales se establece la medida, jugando factores como la necesidad de mantener su entorno vital social tras la separación o divorcio de los padres. La convivencia marital de un tercero en el inmueble, desde un plano estricto de interpretación del art. 96 CC no permite la modificación de la medida (en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de marzo de 2003 (JUR 2003, 196943) AP Vizcaya (Sec. 4ª) de 5 de octubre de 2014). Sí se alteraría si no existieren hijos comunes y la atribución del uso de la vivienda al cónyuge se hubiera realizado con base en el párrafo tercero del art. 96 CC³⁹¹, en tanto las condiciones de la

391. En este sentido, FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias*, El

usuaria han cambiado y no se encontraría en el estado de necesidad que justificó la medida. De hecho, este supuesto está expresamente contemplado en el art. 233-24.2b) del CCCat.

Esta es la solución que me parece correcta desde el punto de vista jurídico, aunque me parezca escandalosa e indignante para el dueño del inmueble. La protección de los hijos, la salvaguarda del entorno no puede conducir a que el cónyuge titular tenga que financiar la necesidad de vivienda del querido/a de la madre/padre de su hijo. La dignidad del otro cónyuge debe ser también tenida en cuenta y la ley no debe amparar esta situación extraordinariamente humillante.

De ahí que se haya propuesto en las conclusiones IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios de Familia una modificación legislativa para resolver esta situación:

«No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar.

En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido³⁹²».

En la línea de esta propuesta, el Auto de la AP de Madrid de 5 de mayo de 2000, en un supuesto en el que la esposa usuaria convivía en el domicilio conyugal con su segundo marido, adopta una solución bien distinta a las citadas anteriormente. Ante la presencia de un tercero en el domicilio familiar, el marido denunció este hecho y el órgano a quo dictó providencia mediante la que se acordaba requerir a la esposa a fin de que no hiciera extensivo su título de ocupación sobre dicha vivienda, propiedad privativa de su ex esposo, para ser utilizada por su segundo marido, «utilizando solamente dicho título

hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales, Pamplona 1986p. 292; ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 565, LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 275. CABEZUELO ARENAS, L., *Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007*. Revista de Derecho Patrimonial, 2008-2, n° 21, p. 317.

392. http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015010007014001/1263544586696_es_ES.html

de ocupación a los fines que fueron concedidos en la sentencia firme de este divorcio, es decir para vivienda de ella y los hijos del matrimonio». Tal resolución fue impugnada por la esposa resolviendo el tribunal que, tras analizarse la naturaleza y contenido del derecho de uso que contempla el citado artículo 96, las únicas autorizadas para tal ocupación de la vivienda eran las hijas y la madre, no terceras personas, ajenas al procedimiento matrimonial, excluyendo que estas últimas pudieran permanecer en el inmueble de forma habitual y permanente, valorándose al efecto, de modo especial, que dicho bien era de carácter privativo del esposo. Existe pues una obligación negativa que ha sido incumplida por la esposa, por lo que se decreta la obligación de ésta de indemnizar a quien fue su primer marido, dueño de la vivienda familiar, los daños y perjuicios causados:

«Es cierto que en el caso no podía actuarse contra el actual esposo de la señora P., por vía de lanzamiento, al ser un tercero ajeno al proceso matrimonial, pero ello no excluía la exoneración de toda responsabilidad civil de quien, conforme a lo antedicho, venía obligado a no hacer extensivo el derecho de uso a personas ajenas al entorno originario constituido por aquélla y las hijas comunes; en definitiva se le imponía una obligación negativa, esto es de no hacer, cuya posible transgresión encuentra su correctivo jurídico-procesal en el artículo 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El mismo, por pura lógica, no puede abocar al cumplimiento específico de la obligación quebrantada, pero ello no implica el que la misma quede en un pronunciamiento judicial vacío de cualquier contenido ejecutivo, que haga inútil toda la actividad hasta entonces desplegada en el curso del procedimiento; y en efecto, el citado artículo previene que en tales supuestos quien «quebrantare la sentencia se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios, los que se indemnizarán al que hubiera obtenido la ejecutoria en la forma expresada en el artículo que antecede».

La sentencia citada compensa las consecuencias que la rígida interpretación del art. 96 CC tiene para el cónyuge titular. No consigue la posesión de la vivienda, pero sí una indemnización³⁹³. En cualquier caso, la solución no deja

393. Sin embargo, esta pretensión ha sido en otras ocasiones denegada. Así en la sentencia de la AP de Barcelona (Secc 14^a) de 28 de mayo de 2007, el propietario reclama con base en la doctrina del enriquecimiento injusto que la pareja de su excónyuge abone una cantidad en concepto de alquiler o que, en caso contrario, abandonara la vivienda. Se desestima su pretensión en los siguientes términos: «la sentencia de primer grado, con buen criterio, considera que la situación planteada por el actor no encaja con las exigencias doctrinales y jurisprudenciales del enriquecimiento injusto, pues no concurren los requisitos de aumento patrimonial correlativo a la disminución patrimonial y sin justificación (causa) ya que viva o no el Sr. José en la vivienda cuyo uso es de los hijos y de la madre durante su minoría de edad, no constituye un detrimento en el patrimonio del actor ni en sus expectativas de obtener beneficio alguno con cargo al piso y, además la reclamación carece de causa, puesto que el mismo actor reconoce en el escrito de demanda que no niega el derecho de su ex-pareja a reanudar su vida. Por consiguiente, desestima la demanda y el actor apela la sentencia insistiendo en la procedencia de apreciar la figura del enriquecimiento sin causa».

de ser un «parche» para solucionar un problema que debe recibir respuesta por parte del legislador.

Recientemente el TS en sentencia de 19 de enero de 2017 (RJ2017/754) ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la incidencia de la convivencia marital de un tercero en la vivienda familiar. El uso de la vivienda común se atribuyó a la esposa quien ostentaba la custodia de los hijos comunes que eran menores de edad y posteriormente pasó a convivir maritalmente con un tercero en dicha vivienda. El progenitor no custodio inicia un proceso de modificación de medidas solicitando una modificación de la pensión de alimentos. La sentencia de instancia accede a la pretensión del actor y la esposa recurre ante el TS por entender que se ha vulnerado el criterio de proporcionalidad del art. 146 CC. El actor no solicitó la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital en la vivienda de un tercero. Se limitó a pedir una modificación de las pensiones de alimentos a los hijos. Lo importante a nuestros efectos es que el TS hace suya la doctrina emanada de la sentencia de instancia que justifica precisamente la reducción de la pensión de alimentos en la presencia de un tercero en la vivienda: «el hecho de que la actual pareja de la demandada, y el hijo de ambos convivan en el que fue domicilio familiar, propiedad de los litigantes, y que por sentencia de la que dimana esta modificación fue atribuida al uso de los hijos habidos y a la demandada, por razón de atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes; sí es un hecho nuevo, no meramente coyuntural e imprevisto en su momento, y de entidad suficiente que debe tener su transcendencia en el orden económico, y por lo tanto en la medida económica cual es la cuantía de la pensión de alimento». Se entiende que tal circunstancia repercute en la contribución de gastos, tales como los de comunidad de la vivienda –al ser repartidos al 50%–, y los gastos de la empleada de hogar que se computan a los efectos de cuantificar la pensión de alimentos en su día, son gastos estos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del demandante, ahora apelante, que comparte al 50% la vivienda afectada al uso; lo cual debe tener, por razones de equidad y justicia su repercusión a la hora de modificar la cuantía de la pensión de alimentos de los hijos, en los cuales la vivienda forma parte integrante del concepto de alimentos, conforme el artículo 142 del Código Civil, obligación que recae sobre ambos progenitores, y no solamente sobre el progenitor no custodio; y por lo tanto, al beneficiarse el progenitor custodio con su nueva familia de la ocupación, por uso atribuido a los hijos anteriores de la vivienda, propiedad por indiviso de ambos litigantes, ello debe tener también su transcendencia económica a los efectos de la mencionada contribución del progenitor custodio; por todo ello, y valorando todas y cada una de las circunstancias expuestas».

En lugar de obligar al tercero a contribuir a los gastos, se reduce la pensión de alimentos a los hijos, partiéndose de la base de que las necesidades de éstos

son menores por cuanto el tercero «colabora» en su satisfacción indirectamente al hacerse cargo de parte de los gastos de la vivienda. Se presume que el tercero colabora en los gastos de la vivienda, lo cual puede suceder o no. A mi juicio, la reducción de la pensión de alimentos puede estar justificada, con arreglo al art. 146 CC, si disminuyen las necesidades del alimentista o disminuye la capacidad de alimentante. En este caso se justificó por la disminución de las necesidades del alimentista partiendo de que los gastos son menores por contribuir un tercero a la satisfacción de los mismos. Desde luego la solución incentiva que los terceros no vivan «gratis» en la vivienda familiar de otro, pero no se puede olvidar que esos terceros no tienen obligación de atender las necesidades de los hijos de su pareja. Por lo tanto, esta vía de resolver el problema entraña riesgo para los menores por cuanto en caso de ruptura de la segunda relación del cónyuge usuario, habría que instar otra modificación de medidas, lo cual no parece muy razonable.

A mi juicio, la forma óptima de cohonestar todos los intereses en juego en materia de vivienda familiar es, como he dicho, que el cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar compense económicamente al que se ve privado del derecho a ocupar una vivienda que es total o parcialmente suya³⁹⁴. Sólo en supuestos de incapacidad económica del cónyuge usuario el juez debería exonerarle de pagar tal compensación que puede traducirse en el pago de una renta (como preveía la ley valenciana³⁹⁵) o que tal uso sea valorado, en caso de que rigiera la sociedad de gananciales, en su liquidación como activo que se adjudica a uno de los cónyuges.

El «gratis total» actualmente existente genera situaciones conflictivas entre los progenitores que son las que realmente perjudican al menor y convierte la pelea por el uso de la vivienda (y en ocasiones de la custodia de los menores al que va vinculado) en el centro de los pleitos matrimoniales. De esta forma, si el progenitor custodio rehace su vida (algo a lo que también tiene derecho) conviviendo maritalmente con un tercero en la vivienda, al menos el propietario habrá recibido alguna compensación económica.

Lo que, a mi juicio, no es admisible es que al amparo de una norma (art. 96 CC) que pretende proteger a los menores, puedan terceros enriquecerse a costa del propietario de la vivienda, solo por haber iniciado una relación con una persona separada o divorciada que tenga la custodia de sus hijos. Si se genera una nueva unidad familiar, o bien se procede a una desafectación de la vivienda familiar o se compensa económicamente al propietario.

394. Participa de esta opinión SANTOS MORÓN, MJ, *op. cit.*, p. 28.

395. LEY 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, declarada inconstitucional por sentencia del TC de 16 de noviembre de 2016.

5. LOS GASTOS DE LA VIVIENDA FAMILIAR. EN PARTICULAR EL ABO-
NO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO GARANTIZADO CON HIPOTE-
CA SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

Negada la posible compensación al cónyuge no titular de la carga que supone el derecho de uso a favor del otro cónyuge, procede preguntarse lo que acontece respecto de los gastos del inmueble. Se distingue entre gastos derivados del uso del inmueble y gastos derivados de la propiedad del inmueble. Respecto de los primeros (luz, agua, gas, teléfono...), como ya se ha señalado, deben ser sufragados por el cónyuge usuario, si bien una parte proporcional deberá ser computada como gasto de los hijos a los efectos de la fijación de la pensión de alimentos. Lo dicho afecta a las relaciones internas entre los progenitores y no afecta a las relaciones con terceros, de manera que si, por ejemplo, el contrato de la luz lo celebró el cónyuge no usuario, la compañía suministradora deberá ejercitar su derecho de crédito contra el cónyuge contratante, siéndole inoponibles los acuerdos internos entre los cónyuges. De ahí la importancia de que en los contratos por suministros el cónyuge contratante sea el cónyuge usuario.

En relación con los gastos derivados de la propiedad, tales como los gastos de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles, obligaciones *propter rem*. Tales gastos en principio y frente al acreedor le corresponden al propietario, por lo que un pacto entre los cónyuges en este sentido no vincularía al acreedor³⁹⁶. A falta de acuerdo, por tanto, estimo que el deudor es el cónyuge propietario. La cuestión está clara en relación con los impuestos que gravan el inmueble como es el IBI (sentencia del TS de 1 de junio de 2006 [RJ 2006, 3060]).

Respecto a los gastos de comunidad, ha entendido el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de mayo de 2005 (RJ2005/6361), aunque no se trataba de un caso de atribución del derecho de uso, sino de separación de hecho de dos cónyuges casados en régimen de gananciales que «la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento— se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de

396. Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de julio de 2001 (JUR 2001, 261996). Cádiz sentencia de 23 junio 2001 (JUR 2001, 239015). Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 17 de octubre de 2014 (JUR 2015, 46646) Audiencia Provincial de Salamanca de 18 de julio de 2016 (JUR 2016, 210373)

individualización repercuten a todos los condóminos, sin distinción entre los comunes por naturaleza y por destino, que sean necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, de manera que la no utilización de un elemento común no exime del pago de los gastos generados en su mantenimiento, salvo acuerdo de la Junta, determinación en el Título constitutivo o en los propios Estatutos». Sin embargo, no faltan sentencias que consideran que los gastos de comunidad le corresponde abonarlos al cónyuge usuario porque redundan en su provecho (sentencias de la AP Madrid de 6 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 40309), AP A Coruña 31 de octubre de 2012 (JUR 2013, 383), AP Guipúzcoa 16 de mayo de 2016 (JUR 2016, 188531). En esta última sentencia se excluyen los gastos extraordinarios de comunidad o derramas de gastos de comunidad, las cuales corresponden al propietario y no al cónyuge usuario. Ya efectuó esta distinción la sentencia de la AP de Madrid de 28 de octubre de 2010 (JUR 2011, 36938).

Resume la doctrina al respecto de los gastos la sentencia de la AP Madrid de 23 mayo (JUR 2011, 238208): «no podemos olvidar que las cuotas ordinarias de comunidad tienen por objeto cubrir económicamente una serie de servicios, tales como los de la portería, limpieza, luz o, en general, mantenimiento de zonas comunes que, en supuestos como el presente, tan sólo benefician de modo directo y personal a uno de los cotitulares, esto es, aquel que ostenta el derecho, exclusivo y excluyente, de uso. En lógica y justa correspondencia ha de recaer sobre el beneficiario de tales servicios los gastos inherentes a la ocupación del inmueble, en cuanto originados por quienes habiten en el mismo, redundando en su exclusivo beneficio.

No puede dejar de mencionarse, al respecto, que, dentro de la regulación del derecho de uso y habitación, figuras que guardan evidente similitud con la del artículo 96 del Código Civil, el artículo 500 previene que el usufructuario (en este caso el usuario) está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo, y se añade que se considerarán ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Obvio es que si uno solo de los cónyuges está percibiendo una utilidad económica derivada del derecho de uso que le otorga la posesión del inmueble a los fines de cubrir en el mismo sus necesidades cotidianas de alojamiento, ha de entenderse que las cuotas de comunidad forman parte de los gastos que derivan del mantenimiento y uso del inmueble que dicho consorte, con exclusión del otro, hace del mismo y sus instalaciones comunes, por lo que no parece forzado incluir aquellos gastos dentro de las obligaciones que incumben al usuario, bajo la cobertura del artículo 504, en relación con el 500, dentro del concepto de contribuciones que recaigan sobre los frutos o utilidades.

En suma, teniendo en cuenta todo lo anteriormente indicado, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia aplicable al caso, se ha de estimar parcialmente el recurso interpuesto y, en su virtud, declarar que los gastos ordinarios de comunidad deberán ser abonados por la hoy apelada, siendo de cargo de ambos cónyuges, al 50%, aquellos otros gastos extraordinarios de derrama o cualquier otro que afecte a la propiedad, y por cuanto que tal derecho de dominio, y los gastos que se generan directamente del título dominical, deben ser afrontado por los propietarios, en este caso, a la sazón, por los cónyuges».

Respecto del pago de la deuda hipotecaria generada por la adquisición de la vivienda familiar, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011, 939)³⁹⁷, unifica doctrina al respecto y aclara con indudable acierto que la misma debe ser satisfecha por el cónyuge propietario o por ambos si lo son en régimen de comunidad de bienes al 50%, sin que tal deuda pueda considerarse carga familiar que deba abonarse en la pensión alimenticia por el cónyuge que tenga mayor capacidad económica³⁹⁸.

Respecto a los hechos que se enjuician en la sentencia, producido el divorcio de dos cónyuges que estaban casados en régimen de gananciales, se plantea el problema de la naturaleza de la deuda garantizada con hipoteca que grava la vivienda familiar y cómo deben contribuir los excónyuges al pago de la misma. Si se considera que se trata de carga familiar (de carga del matrimonio no se debería hablar pues ya se ha disuelto por el divorcio), la contribución debe ser proporcional a los ingresos de cada cónyuge (art. 146 Cc). Con todo, la esposa reclamaba que la totalidad del pago de la deuda hipotecaria fuera satisfecha por el marido. En las sentencias de instancia el uso de la vivienda familiar se atribuyó a la esposa por razón de ostentar la custodia sobre los hijos comunes, y se consideró que el pago de la hipoteca debía ser proporcional a los ingresos y que el marido debía abonar el 80% del mismo y la esposa el 20%.

La vivienda familiar era ganancial y la deuda también. No obstante, disuelto el matrimonio, ya no cabe hablar de gananciales, sino de bienes comunes (comunidad post ganancial) hasta que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales y se atribuya a cada cónyuge la titularidad exclusiva de los

397. El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, aclara este aspecto en el art. 96.5 CC «Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución».

398. Una crítica a la doctrina mantenida en esta sentencia cfr. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, MC, Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011, 939) Revista de Derecho Patrimonial num. 27/2011 2, BIB 2011\1270

bienes que, si no se pacta otra cosa, deberá ser por mitad (art. 1405 Cc). El Tribunal Supremo en esta sentencia resuelve la cuestión en el sentido de que la deuda hipotecaria que pesa sobre la vivienda habitual no es carga familiar (art. 90 C Cc), sino una carga derivada de la cotitularidad de ambos cónyuges y hasta que se produzca la liquidación de gananciales, deberá ser satisfecha por ambos y por mitad. Vigente el matrimonio, se trató de deuda ganancial, que se convierte en deuda común tras el divorcio que provoca automáticamente la disolución del régimen económico matrimonial. En esta comunidad post-ganancial compuesta por los bienes y deudas de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, cada titular tiene una cuota del 50% del patrimonio común (aunque no sobre bienes concretos). Por lo tanto, la contribución al pago de las deudas debe ser proporcional a la cuota de titularidad (art. 393 Cc), es decir, al 50%, y no proporcional a los ingresos.

La razón por la que el pago de la deuda hipotecaria no es carga familiar no es porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, dado que ésta ya se ha disuelto, sino porque constituye una deuda derivada de la cotitularidad que ostentan los dos cónyuges. Lo que procede determinar es si el pago de la hipoteca debe incluirse como gasto en la pensión de alimentos que debe el marido a sus hijos (no a su exmujer que no ostenta tal derecho) y, por lo tanto, con el deber de contribuir al mismo de forma proporcional a sus ingresos. Es evidente que el alojamiento es una necesidad de los alimentistas que debe ser tenida en cuenta, pero no cabe olvidar que el progenitor no custodio debe abonar como cotitular, el 50% de la deuda hipotecaria aun habiéndose atribuido el uso de la vivienda al cónyuge e hijos comunes. Con la concesión del uso y además la contribución al pago de la deuda hipotecaria, el progenitor no custodio está atendiendo la necesidad de alojamiento como partida de la pensión alimenticia.

La razón por la que el pago de la deuda hipotecaria no es carga familiar no es porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, dado que ésta ya se ha disuelto, sino porque constituye una deuda derivada de la cotitularidad que ostentan los dos cónyuges. Lo que procede determinar es si el pago de la hipoteca debe incluirse como gasto en la pensión de alimentos que debe el marido a sus hijos (no a su exmujer que no ostenta tal derecho) y, por lo tanto, con el deber de contribuir al mismo de forma proporcional a sus ingresos. Es evidente que el alojamiento es una necesidad de los alimentistas que debe ser tenida en cuenta, pero no cabe olvidar que el progenitor no custodio debe abonar como cotitular, el 50% de la deuda hipotecaria aun habiéndose atribuido el uso de la vivienda al cónyuge e hijos comunes. Con la concesión del uso y además la contribución al pago de la deuda hipotecaria, el progenitor no custodio está atendiendo la necesidad de alojamiento como partida de la pensión alimenticia.

Efectivamente, si la vivienda no fuera en propiedad, sino alquilada, la renta debería abonarse en proporción a los ingresos como una partida más de la pensión de alimentos, pero esa disfunción es lógica a mi juicio porque ello obviamente no genera el enriquecimiento injusto antes señalado provocado por el hecho de que pagando un cónyuge más proporción de la que le corresponde (el 80% en este caso), el otro, no obstante, mantenga impoluta su cuota de titularidad (50%).

¿Qué sucede si uno de los cónyuges carece de ingresos para el pago por mitad de la hipoteca? Existen fórmulas jurídicas para resolver esta cuestión sin que se produzca una situación de injusticia para ambas partes³⁹⁹. La primera es que se adjudique en la liquidación de gananciales la vivienda al cónyuge que tiene recursos para hacerse cargo de la deuda, previo consentimiento del acreedor a la novación del préstamo hipotecario (art. 1.205 Cc). Si la esposa no tiene recursos suficientes, no debería permitir que se le adjudicara el 50% de la titularidad de la vivienda. Otra opción es que se mantenga la cotitularidad de ambos y pague la hipoteca el que tiene más ingresos, por ejemplo, el 80%. De ese 80%, el 50% lo paga como deuda propia y el resto lo paga como auténtico tercero, de manera que cuando se venda la casa, los dos cónyuges se repartirán el precio por mitad y el que pagó más de lo que le correspondía tendrá una acción de reembolso frente al otro cónyuge (art. 1.158 Cc). De esta forma se soluciona el problema del cónyuge que no tiene ingresos, pero al mismo tiempo se compensa al que paga más de lo que le corresponde, evitando así un enriquecimiento sin causa.

Tampoco creo que el pago una mayor parte de la deuda hipotecaria pueda enmascararse en una pensión compensatoria⁴⁰⁰. Ésta atiende a cubrir un des-

399. No comparto la crítica que se hace a esta doctrina del TS, en el sentido de que no tiene en cuenta que habrá ocasiones en las que uno de los deudores no disponga de medios económicos para afrontar el pago de la deuda. Así lo entiende MORENO TORRES-HERRERA, ML, «El pago del préstamo hipotecario tras el divorcio», *InDret*, enero 2017, p. 29. Como señalo en el texto, hay remedios legales para paliar la incapacidad de hacer frente al préstamo hipotecario. Nada impide que lo abone íntegramente el otro, aplicándose las normas del pago del tercero, Lo que no cabe, es alegar la incapacidad económica para pagar como excusa para desestimar la tesis del TS y, sin embargo, nada parece impedir que esa incapacidad económica impida al cónyuge ser propietario del 50% del precio cuando la vivienda se enajene. Normalmente se es codeudor del préstamo hipotecario porque se es copropietario al 50%.

400. Es lo que se ha hecho en la sentencia del TS 3 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 4968), en la que se resuelve que el marido divorciado tiene derecho a percibir una pensión compensatoria de la esposa, con el argumento de que “los dos reciben ingresos absolutamente dispares junto con gastos soportables para ella e inasumibles para él, de manera que, de no mediar pensión compensatoria, D. Luis Carlos no podría asumir sus obligaciones legales en relación con las cargas del matrimonio y la pensión de alimentos. Entre los gastos que debía abonar el marido, se encontraba el préstamo

equilibrio económico (aunque no exista estado de necesidad) en relación con la situación del cónyuge constante matrimonio y es bien sabida la distinción del concepto de alimentos que tiende a cubrir unas necesidades (sentencia del TS 17 de julio 2009). Y no hay que olvidar que el cónyuge divorciado no tiene derecho de alimentos en el Código civil (art. 144) y no cabría, a mi juicio que, por la vía de la pensión compensatoria, un cónyuge le pague la adquisición de la vivienda al otro cónyuge. Cada instrumento debe cumplir su finalidad y esto es lo que las sentencias de Audiencia a mi juicio estaban desvirtuando.

A juicio de la sentencia citada y cuya doctrina comparto, no hay que confundir los gastos derivados de la cotitularidad de la extinta sociedad de gananciales (o también, añadido yo, de la cotitularidad procedente de un régimen de separación de bienes) con las cargas familiares. La sentencia precisa la naturaleza de los diferentes pagos que corresponden a uno y otro cónyuge, distinguiendo, a mi juicio, lo que es inversión (aunque sea en vivienda familiar) de la pensión de alimentos y compensatoria.

La doctrina mantenida en esta sentencia se ha acogido también en la de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4936), 21 de julio de 2015 (RJ 2016, 3214).

V. VIVIENDA HABITUAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

1. EL EMBARGO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La vivienda familiar o habitual constituye en la mayoría de las familias su principal activo y a su vez, la hipoteca que la grava, el principal pasivo y, en ocasiones, la deuda hipotecaria mensual llega a absorber el 50% de los ingresos de la familia⁴⁰¹.

Las restricciones a la libre disposición de la vivienda habitual con independencia de la titularidad de la misma, común o privativa, justificadas por la necesidad vital de protección del hogar familiar y que conllevan la necesidad del consentimiento de los dos cónyuges o, en su caso, la autorización judicial

hipotecario. Lo que no cabe es conceder una pensión compensatoria solo para que pueda pagar el otro cónyuge el préstamo hipotecario. Esta solución es inadmisibles, pero no una consecuencia ineludible de la doctrina del TS en la sentencia citada de 28 de marzo de 2011.

401. Sobre la problemática atinente a la ejecución de la vivienda familiar hipotecada y las recientes medidas legislativas en materia de ejecución de vivienda habitual por *Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa*, cfr. el Capítulo 30 del presente Tratado, sobre «Familia y concurso de acreedores».

(arts. 1320 y 96 CC), no implican una reducción del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), no existiendo ningún límite a su embargabilidad.

En otros ordenamientos se han arbitrado mecanismos tendentes a salvaguardar la vivienda familiar de la agresión de los acreedores⁴⁰². En Italia se ha querido proteger especialmente el hogar familiar integrándolo en un patrimonio separado, el denominado *fondo patrimonial*, creado voluntariamente por los cónyuges para atender las necesidades de la familia (arts. 167 y ss. Código Civil italiano). Este patrimonio garantiza las obligaciones contraídas por los cónyuges para atender estas necesidades. Tales bienes (no solo la vivienda) no responden de deudas asumidas por uno solo de los cónyuges, no relacionadas con la atención de dichas necesidades familiares. Los bienes pertenecientes a este fondo patrimonial, del que la vivienda familiar es el elemento más importante, sólo pueden ser enajenados por ambos cónyuges y sólo puede ser embargado por las deudas para cuyo destino fue creado o por las contraídas con anterioridad a la constitución del fondo patrimonial⁴⁰³.

Destaca en este punto, la regulación que sobre la vivienda familiar tiene lugar en Estados Unidos. No todos los bienes del deudor pueden ser liquidados en el proceso concursal. Aunque la regulación americana en materia de insolvencia es regulación federal (Título 11 *USCode*), cada Estado de la unión tiene autonomía legislativa para ampliar el elenco de bienes exentos (inembargables). Por eso, Estados con una mayor cantidad de bienes exentos son más atractivos para los pequeños empresarios⁴⁰⁴. Ello provoca también el llamado «*forumshopping*»⁴⁰⁵, dado que las

402. Un análisis del panorama legislativo internacional se lleva a cabo en el trabajo de FERNÁNDEZ DOMINGO, «Una propuesta sobre el "patrimonio familiar inembargable"», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, 2005, pgs. 208 y ss.

403. Al respecto, pueden consultarse MACRI, «Fondo patrimoniale», en *Il nuovo Diritto de Famiglia*, Milano, 1975, pg. 94; CENNI, «Il fondo patrimoniale», en *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da PAOLO ZATTI, vol. 3º. *Régime Patrimoniale della famiglia* a cura di ANELLI e SESTA, Milano, 2002, pg. 552; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, III, *Il regime patrimoniale della famiglia. Separazione dei beni –fondo patrimoniale– L'impresa familiare*, Milano, 1996, pg. 27. Cabe destacar como precedente la Ley Tejana de 1839 sobre el *Homestead*. También en América Latina son numerosos los países que gozan de una legislación protectora del patrimonio familiar. Al respecto puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ DOMINGO, «Una propuesta sobre el "patrimonio familiar inembargable"», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, 2005, pgs. 208 y ss.

404. WHITE, M., *Bankruptcy and small business*, www.cato.org/pubs/regulation/regu24n2/white.pdf (13 de November de 2010).

405. RONEL ELUN y NARAYANAN SUBRAMANIAN, «Forum shopping and personal bankruptcy», *Journal of financial Services Research*, 2002, pgs. 233 y ss.

ventajas que se pueden obtener en cada Estado son distintas en función de las denominadas «*exemptions*⁴⁰⁶».

La inembargabilidad total de la vivienda habitual (*homestead exemption*)⁴⁰⁷ no opera con la misma intensidad en todos los Estados. En siete Estados la vivienda familiar es totalmente inembargable: Arkansas, Florida, Iowa, Kansas, Minnesota, Oklahoma y Texas. En otros Estados la exención por vivienda habitual es parcial, de manera que los acreedores pueden ejecutarla, pero del dinero que obtengan tras la ejecución, deberán restituírle una cantidad al deudor. En muchos Estados estas exenciones superan los 100.000 dólares. Los Estados que tienen un número importante de bienes inembargables tienen una población más emprendedora que los que tienen menos⁴⁰⁸. Sin embargo, el número de exenciones tiene efectos en relación con la mayor o menor facilidad de acceso al mercado crediticio y también al coste del mismo⁴⁰⁹.

Es preciso mencionar también la llamativa protección de la vivienda familiar en el derecho inglés⁴¹⁰. El cónyuge no propietario tiene un «derecho de ocupación» sobre la vivienda familiar de la que fuera titular o cotitular el otro cónyuge, inscribible en el Registro sobre bienes inmuebles, oponible frente al cónyuge propietario y frente a terceros adquirentes del mismo. Se trata de un derecho que no emerge en situaciones de crisis matrimonial (tal y como sucede en España, art. 96 CC), sino también en situación de normalidad, algo que tiene plena justificación. Así lo recoge la Family Law Act de 1996. El eventual comprador de la vivienda familiar deberá respetar el derecho de ocupación del otro cón-

406. Las *exemptions* se regulan, a nivel federal, en el Título 11, Capítulo 5, parágrafo 522 U.S. C (United States Code). http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/uscode11_11_10_5.html (consultado 12 de diciembre de 2010).

407. BARROS, B., *Homestead and other legal protections of the home*, disponible sin cargo en <http://ssrn.com/abstract=1569595>. LIDDELL, G. J., LIDDELL, P. J., «So he huffed an he puffed... but will the home (stead) fall down? The applicability of section 522 (P) of the United States Bankruptcy Code to varying interest accumulations of the debtor homestead property», 57, *Drake L. Rev.*, 729 2008-2009, pgs. 739 y ss. BOGDANOFF, L. R., «Exemptions under the Bankruptcy Code: using California's New Homestead law as a medium of analysis», 72 *Cal. L. Rev.*, 922, 1984, pgs. 922 y ss. EGGUM, J., PORTER, K., TWOMEY, T., *Saving homes in bankruptcy: housing affordability and loan modification*, University of Iowa Legal Studies research paper, núm. 09-10, march 2008.

408. Esta correlación ha sido puesta de manifiesto por WHITE, M., *op. cit.*, pg. 3.

409. SCHEELINGS, R., *The effect of bankruptcy (homestead) exemption levels on acces to credit: Evidence from a US Panel*, april 2, 2007. Disponible en SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090011.

410. VATTIER FUENZALIDA, C., «La "matrimonial home" en el régimen matrimonial inglés, La reforma del Derecho de familia», *Cuadernos de Derecho Comparado*, núm. 1, Departamento de Derecho Civil II, Salamanca, 1977, pgs. 73 y ss.

yuge, que previamente debe ser inscrito. Producida la situación de crisis matrimonial, será el juez que decreta el divorcio el que determine la situación y régimen jurídico de la que fuera vivienda del matrimonio⁴¹¹. El derecho de ocupación del cónyuge en situación de normalidad matrimonial es, como he dicho, inscribible y opera como carga real frente a los acreedores cuyos derechos de crédito nacieron tras la inscripción de tal derecho.

En el derecho español existe algún precedente en cuanto a la protección de la vivienda familiar desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial universal. Me refiero al denominado «patrimonio familiar agrario» (Ley de 15 de julio de 1952) que constituía un patrimonio separado de destino, formado por los bienes rústicos, suficientes para satisfacer las necesidades de una familia y comprado por un miembro de la familia al órgano oficial del Estado. Tal patrimonio separado presentaba restricciones a la división, disposición, gravamen y sucesión⁴¹². El titular del patrimonio familiar debía ser una persona física que asumía frente al Estado la obligación de cultivar directa y personalmente el terreno adjudicado. Tal patrimonio familiar agrícola tenía el carácter de inembargable no respondiendo de las obligaciones del titular, salvo respecto de las hipotecas legales o voluntarias contraídas con autorización del Ministerio de Agricultura, y de las deudas tributarias a favor del Estado, Provincia o Municipio (art. 9). La Ley de 24 de diciembre de 1981 (Estatuto de la Explotación familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes), derogó la normativa relativa a los patrimonios familiares, sustituyéndola por la noción de explotación familiar agraria, actualmente regulada en la Ley 19/1995 de Modernización de Explotaciones Agrícolas de 4 de julio, no constituyendo ninguna limitación respecto de la embargabilidad.

Un intento, a mi juicio, infructuoso de proteger la vivienda habitual es la figura del empresario de responsabilidad limitada creada por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización (en adelante LE). En la propia Exposición de Motivos se señala que se crea tal figura «gracias a la cual las personas físicas podrán evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales afecte a su vivienda habitual bajo determinadas condiciones».

Los arts. 7-11 LE regulan la figura cuyo destinatario es el emprendedor⁴¹³

411. Fox, L., «Creditors and the concept of "family home": a functional analysis», *Legal studies*, vol. 25, 2005, pgs. 204.

412. AGUNDEZ, *Estudios de Derecho agrario*, Valladolid, 1984, pg. 314.

413. Se utiliza el término «emprendedor» y no empresario, y se define en el art. 3 LE como

persona física que puede limitar la agresión de la vivienda habitual sólo por deudas derivadas de su actividad empresarial o profesional. Se trata de un caso de especialización de la responsabilidad patrimonial universal de origen convencional y autorizada legalmente que nada tiene que ver (a pesar de haber tomado su denominación) con el empresario de responsabilidad limitada regulado en el Derecho francés (art. 526-6 a 21 del Código de Comercio). La figura regulada en la LE se acerca al de patrimonio no sujeto especial del art. 526.1-5 del Código de Comercio francés⁴¹⁴, que no supone la creación de un patrimonio separado.

Es tan restrictivo el régimen que cabe cuestionar la propia denominación de la figura porque induce a confusión: sólo se protege (y muy limitadamente) la vivienda habitual y parece que se crea un patrimonio de destino cuando en realidad se pretende una «no sujeción» de un bien al cumplimiento de determinadas deudas cuando en realidad se pretende una «no sujeción» de un bien al cumplimiento de determinadas deudas por acto unilateral del propietario.

La protección que se dispensa es muy escasa y sujeta a un elenco de requisitos que actúan como mecanismo de disuasión para la utilización de esta figura. Debe tratarse de vivienda propia o común del empresario, lo que abarcará los casos de titularidad privativa y ganancial, sin que sea necesario el consentimiento del cónyuge no deudor por no tratarse de un acto de disposición (art. 1.320 y 1377 CC). Si la vivienda es común de ambos cónyuges o pareja de hecho, en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (arts. 392 y ss CC), la cuota correspondiente al emprendedor podrá no estar sujeta a ejecución por deudas profesionales. Creo que no procede declaración respecto de la cuota correspondiente al cónyuge o pareja 67, que en ningún caso podrá ser embargada por deudas de su consorte derivadas de su actividad profesional, salvo que haya prestado su consentimiento expreso (art. 9 Cco). Para que la cuota que le corresponda al cónyuge del emprendedor no pueda ser agredida por deudas derivadas de la actividad profesional o empresarial de su cónyuge, bastará la revocación del consentimiento (art. 10 CCo) en el Registro Mercantil.

la persona física o jurídica que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley. Parece que se referiría a todo empresario en la fase inicial de su actividad empresarial, no teniendo la noción carácter sustantivo. Cfr. CAZORLA, L, «¿Emprendedor o empresario? El Derecho mercantil y el impulso de la iniciativa empresarial», [http:// hayderecho.com/2013/05/24/ emprendedor-o-empresario-el-derecho-mercantil-y-el-impulso-de-la-iniciativa-empresarial/](http://hayderecho.com/2013/05/24/emprendedor-o-empresario-el-derecho-mercantil-y-el-impulso-de-la-iniciativa-empresarial/) En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, J, «Apuntes mercantiles a la Ley del Emprendedor (I): ¿qué es un emprendedor?» <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2013/10/apuntes-mercantiles-la-ley-del.html>

414. FERNÁNDEZ DEL POZO, L, «La efectividad de la limitación de la responsabilidad del emprendedor de responsabilidad limitada», LA LEY mercantil, núm. 2, Sección Empresa y empresario, Mayo 2014, pág. 12.

El valor de la vivienda no debe superar el límite máximo que se establece (art. 8.2 LE) y la exención debe tener reflejo registral, tanto en el Registro Mercantil como en el Registro de la Propiedad, a cuyo efecto, el Registrador mercantil expedirá certificación que remitirá de inmediato al registrador de la propiedad, por vía telemática, para su constancia en el asiento de inscripción de la vivienda habitual del emprendedor (arts. 8.3; 10 LE). No hay protección de la vivienda cuando se trata de crédito público, tal y como se desprende de la disposición adicional primera LE, algo que, a mi juicio, es lamentable a pesar de las normas especiales de ejecución que en la misma se contemplan⁴¹⁵.

Debe tratarse de vivienda habitual del deudor, sin que se brinde un concepto de la misma, lo cual plantea problemas de delimitación. Habría sido recomendable que el legislador se pronunciara sobre este extremo, habida cuenta de las recientes reformas que se han producido en materia de protección de deudor hipotecario que tienen también como destinataria la protección de la vivienda habitual del deudor. Entiendo que el hecho de que además el deudor realice su actividad empresarial o profesional en la vivienda no priva a ésta de protección.

Se exige que se trate de vivienda y la ley no excluye otros usos adicionales.

También es cuestionable que se imponga un límite cuantitativo al valor de la vivienda (inferior a 300.000 Euros) así como un sistema prolijo para la determinación del mismo que entiendo podrá ser impugnado por los acreedores. No se entiende bien por qué el legislador no concede libertad al deudor para detraer la vivienda de su garantía patrimonial cualquiera que sea el valor de la misma, al igual que acontece en otros ordenamientos.

Ningún perjuicio se causa a los acreedores en tanto que tal estatuto particular de la vivienda sólo va a afectar a los acreedores que contraten con el deudor con posterioridad a la inmatriculación del deudor en el Registro Mercantil

415. Apartado 2 de la disposición adicional primera LE: «En el caso de las deudas de derecho público a las que se refiere el apartado anterior, la Administración Pública competente podrá desarrollar las actuaciones de cobro establecidas en la normativa en el mismo indicada, con las especialidades reguladas en el siguiente apartado.

3. Cuando entre los bienes embargados se encontrase la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada en los términos del apartado 2 del art. 8 de esta Ley, su ejecución será posible cuando:

a) No se conozcan otros bienes del deudor con valoración conjunta suficiente susceptibles de realización inmediata en el procedimiento de apremio.

b) Entre la notificación de la primera diligencia de embargo del bien y la realización material del procedimiento de enajenación del mismo medie un plazo mínimo de dos años. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales.

como emprendedor de responsabilidad limitada (art. 9.3 LE). A mi juicio, esta restricción está injustificada.

Si el inmueble tiene un valor superior a dicha cantidad, la vivienda será embargable en su totalidad, lo cual es un contrasentido pues ello puede provocar la exclusión social del deudor al margen del valor del inmueble.

Cosa distinta es que se estableciera un umbral de inembargabilidad cuantificado previamente, al estilo de las *exemptions* reguladas en USA, por las cuales, embargado el inmueble, parte del dinero obtenido en subasta, se entrega al deudor.

La vivienda se blindo respecto de la agresión por deudas derivadas de la actividad profesional o empresarial del propietario siempre que concurren los requisitos legales y el deudor no hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable (art. 8.4 LE). Se trata de una inembargabilidad del bien de naturaleza personal lo que justifica su extinción si la vivienda es transferida a un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que el interesado pueda trasladarla a los bienes subrogados⁴¹⁶, por virtud de lo dispuesto en el art. 10.4 LE siempre que expresamente traslade la no afección a los bienes subrogados. Por lo tanto, el importe obtenido por la venta del inmueble puede ser embargado hasta que no sea objeto de reinversión en vivienda habitual y siempre que esta consecutiva vivienda cumpla los requisitos legales. De nuevo, se aprecia aquí una diferencia importante con las *exemptions* contempladas en USA.

Al tratarse de un beneficio personal, en caso de separación o divorcio del deudor, tratándose de vivienda común o privativa del empresario, adjudicado el uso a su cónyuge, la vivienda dejaría de tener la consideración de habitual del empresario, por lo que parece que cesaría la protección que brinda la norma, produciéndose el contrasentido de que los miembros de la familia verían que puede embargarse la vivienda en la que residen por deudas derivadas de la actividad empresarial. Pero este efecto, a mi juicio y como justificaré seguidamente, no se produce en tanto que el derecho de uso que ostenta el cónyuge no titular (art. 96 CC) se comporta como un derecho real cuando está inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo que por las deudas nacidas antes del cese de la convivencia conyugal no cabría embargo de la vivienda dado que en ella residía el empresario y era bien no sujeto. Respecto de las deudas nacidas

416. SENÉS MOTILLA, C, «Implicaciones procesales de la Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización», Revista General de Derecho Procesal, núm. 32, enero 2014. http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=414158

con posterioridad a la crisis conyugal e inscrito el derecho de uso, la vivienda será embargable pero el adquirente del inmueble en pública subasta deberá respetar el derecho de uso que ostenta el cónyuge no titular y, en su caso, los hijos comunes.

Al margen de la limitada excepción del empresario de responsabilidad limitada, la imposibilidad legal de un cónyuge de enajenar la vivienda habitual de la que es titular no extrae dicho elemento patrimonial de la posible agresión por parte de sus acreedores. Por ello, el cónyuge no puede individualmente enajenar la vivienda habitual que es de su propiedad privativa, pero podría indirectamente provocar su enajenación forzosa como consecuencia del impago de sus deudas. Puede producirse así, una disposición indirecta de los derechos sobre el hogar, ya que el incumplimiento de la obligación contraída determinará su embargo y su posterior subasta, llegándose precisamente al resultado que el legislador pretendió evitar al dispensar la tutela para la vivienda de la familia⁴¹⁷. La vivienda habitual no es, por ende, un bien inembargable, y está sujeta a las normas generales sobre responsabilidad patrimonial⁴¹⁸. De ahí que el art. 144.5 del Reglamento Hipotecario disponga que «*cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación de embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado*». No existe, salvo la excepción del empresario de responsabilidad limitada, ningún impedimento al embargo de la vivienda habitual, salvo la notificación del embargo al cónyuge del deudor a los efectos de proceder a la anotación preventiva de dicho embargo en el Registro de la Propiedad. El cónyuge del deudor no puede evitar dicho embargo, salvo que proceda al pago de la deuda pendiente o pruebe la existencia de fraude por parte de su cónyuge que, a través de un endeudamiento premeditado, pretendía lograr una venta forzosa⁴¹⁹ o también, lógicamente, probando que el inmueble no es de exclusiva propiedad del deudor⁴²⁰.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia

417. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico...*, cit., pg. 441.

418. DE LA CUESTA SÁENZ, «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *Revista de Derecho Notarial (actual Revista Jurídica del Notariado)*, 1983, pg. 162. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Madrid, 1991, pg. 491. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, 452.

419. DE LA CUESTA, *op. cit.*, pg. 162. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pg. 171, nota 27. MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (artículo 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002, pg. 142.

420. ALGARRA PRATS, «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo (RTC 2002, 106))», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pg. 33.

de 18 de febrero de 1995 (RJ 1995, 881). Se trataba de un piso del que eran copropietarios los cónyuges en régimen de comunidad ordinaria por haberlo adquirido antes de contraer matrimonio. Dicho piso tenía la condición de vivienda familiar. Como consecuencia de deudas del marido se embarga su cuota indivisa. Su esposa interpone una tercería de dominio para paralizar el embargo alegando que tal piso era hogar familiar del matrimonio y que estando dirigida la demanda ejecutiva contra el esposo, «no puede ser objeto de embargo y subasta la mitad indivisa de dicho piso perteneciente al esposo, sin el consentimiento de su cónyuge, que la defiende como parte de su hogar familiar». Acertadamente el Tribunal Supremo deniega las pretensiones de la tercerista por entender que queda acreditada la titularidad del marido de la cuota indivisa objeto del embargo y que «el artículo 1320 CC solamente se refiere a los actos dispositivos de la vivienda habitual, realizados de forma unilateral y voluntaria por uno de los cónyuges, pero no prohíbe en modo alguno, pues no podía hacerlo, que la referida vivienda habitual pueda ser embargada por los acreedores, a virtud de deudas constituidas por uno de los cónyuges, embargabilidad que tampoco aparece prohibida por ningún otro precepto sustantivo o procesal, bastando para realizar dicho embargo, cuando la vivienda habitual o una parte indivisa pertenezca a uno de los cónyuges con que se notifique la demanda y el embargo al otro cónyuge (art. 144.5 Reglamento Hipotecario)». No cabe aplicar el art. 1320 CC a la venta forzosa. Al respecto pueden verse también sobre el sentido del art. 144.5 del Reglamento Hipotecario y sobre la embargabilidad de la vivienda familiar, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1100) de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1083), y de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1091).

Y es que excluir a la vivienda habitual de la agresión de los acreedores bloquearía la posibilidad de los cónyuges de obtener crédito, pues no se olvide que la vivienda es un bien de primera necesidad, pero también constituye normalmente el único valor patrimonial importante de la pareja. Excluido éste de su ámbito de responsabilidad, la falta de garantía patrimonial que tendría el deudor le paralizaría la obtención de recursos y, con ello, el acceso a bienes y servicios. En la práctica la vivienda familiar es el soporte de todo el riesgo que generan las relaciones familiares⁴²¹.

Ahora bien, siendo cierta esta conclusión, hay que tener presente la desprotección en que se encuentra un cónyuge frente al endeudamiento masivo e irresponsable del otro. Si la vivienda familiar es privativa de uno de los cón-

421. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pg. 492.

yuges, un endeudamiento irresponsable del cónyuge titular puede provocar la pérdida de la vivienda a toda la familia. Si la vivienda es ganancial, hay que recordar la extraordinaria capacidad que los cónyuges casados bajo este régimen económico matrimonial, tienen de endeudar a la sociedad de gananciales en los supuestos de responsabilidad provisional contemplados en el art. 1365 CC. Pues bien, en caso de endeudamiento exagerado en alguno de los supuestos legales, el cónyuge no deudor no puede evitar la embargabilidad del patrimonio ganancial, ni siquiera de la vivienda familiar, pudiendo exclusivamente el cónyuge no deudor solicitar la disolución judicial de la sociedad de gananciales (art. 1393.2º CC). Ésta sí es una auténtica *desprotección* de la familia que deja sin funcionalidad la norma contenida en el art. 1320 CC, dada la sencilla escapatoria que se produce cuando no hay restricciones a la venta forzosa.

Si bien una medida como la inembargabilidad de la vivienda familiar puede tener efectos contraproducentes de cara a una obtención de crédito, también necesaria, sí cabría restringir la posibilidad de embargo de la vivienda familiar a deudas contraídas por ambos cónyuges y ello al margen de cuál sea el régimen económico matrimonial, en parecidos términos a la figura del «patrimonio familiar» regulada en el Derecho italiano.

Esta desprotección es muy llamativa cuando los cónyuges se encuentran en situación de «normalidad matrimonial». Pero curiosamente no es tanta la falta de tutela cuando la familia se encuentra en situación de crisis matrimonial en los que como se ha señalado, el art. 96 CC brinda al cónyuge no titular un derecho inscribible en el Registro de la propiedad y oponible *erga omnes*⁴²². De esta forma, *a priori* y siendo consecuentes con tal consideración, *si el derecho de uso constaba en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación de embargo*, el adquirente del inmueble en pública subasta deberá respetar dicho derecho sobre la vivienda familiar⁴²³. Este efecto deriva de la protección del cónyuge no titular a través de un derecho oponible *erga omnes* y no porque sea preciso que el cónyuge no titular tenga que consentir a la enajenación forzosa⁴²⁴. La necesidad de asentimiento por parte del cónyuge no titular es necesaria sólo para los casos de enajenación voluntaria.

Cosa distinta será el problema de la valoración de tal derecho de uso por

422. Posibilidad expresamente contemplada en art. 233-22 del Código Civil de Cataluña y es unánimemente admitido por la jurisprudencia. Especialmente contundente es la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7680). *Vid.* apartado IV.1 del presente capítulo.

423. ALGARRA PRATS, *op. cit.*, pg. 32.

424. En este sentido, ACHÓN BRUÑEN, *La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges*, cit., pg. 43. Sobre el alcance del consentimiento al que se refiere el párrafo cuarto del art. 96, *vid.* apartado III.2 del presente capítulo.

el Secretario Judicial a efectos de practicar la oportuna liquidación de cargas y efectuar el correspondiente descuento del precio de tasación pericial del inmueble, pues tan sólo las hipotecas o las anotaciones de embargo son fácilmente valorables a estos efectos⁴²⁵.

Cabe preguntarse lo que sucede cuando el *derecho de crédito nació antes de la constitución del derecho de uso a favor del cónyuge no titular y cuando se va a proceder al embargo de la vivienda, tal derecho se ha constituido*.

Se ha mantenido que, si la deuda fue contraída con anterioridad a la crisis familiar, y concretamente antes de la atribución del uso a uno de los cónyuges, no parece posible que la ocupación, aunque decidida judicialmente, se superponga válidamente al derecho del acreedor, el que podría, creo, embargar y subastar la vivienda a pesar del derecho surgido con posterioridad al suyo⁴²⁶.

No cabe duda que la constitución de un derecho de uso a favor del cónyuge no titular no limita en ningún caso la embargabilidad del bien, como lo demuestra que el art. 144.5 RH prevé la notificación de la anotación de embargo al cónyuge, no existiendo otra restricción al respecto. La única forma de paralizar el embargo sería, tal y como dispone el art. 593 LECiv, si un tercero acredita que es titular del inmueble embargado por medio de certificación del Registrador. Excepcionalmente y para el caso de vivienda familiar dispone el

425. ACHÓN BRUÑEN, «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, ex cónyuge o conviviente *more uxorio*», *Revista Jurídica La Ley*, año XXVII, número 6573, jueves 19 de octubre de 2006, pg. 14.

426. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 446. En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, «Convenio regulador de separación o divorcio y Registro de la Propiedad», BIB 2011, 715, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2011: «el derecho de uso establecido a favor de uno de los ex cónyuges en procedimiento matrimonial no será oponible al adquirente en ejecución seguida contra la vivienda familiar por deudas anteriores de los esposos, como ha aclarado el Tribunal Supremo en sentencia de 8 octubre 2010 (RJ 2010, 7445), pues el lanzamiento habría tenido lugar exactamente igual si el impago y la posterior ejecución hubieran tenido lugar constante el matrimonio y la convivencia conyugal reitera el mismo criterio, en un caso de mera tolerancia temporal del uso de la vivienda por parte del adquirente en procedimiento de ejecución, suero de la titular del derecho de uso, la STS de 22 noviembre 2010 (RJ 2011, 936). En definitiva, la constancia registral del derecho de uso de la vivienda a favor del ex cónyuge no titular de la misma sólo tiene como efecto hacer eficaz frente a terceros la limitación que para disponer a título voluntario de tal inmueble tiene el otro sin consentimiento del usuario». La autora cita la sentencia del TS de 8 de octubre de 2010 referida a ejecución de hipoteca constituida con anterioridad al derecho de uso sobre la vivienda familiar. Creo que la posición del acreedor hipotecario tiene poco que ver con la de una acreedor ordinario a estos efectos. GÓMEZ LAFUENTE, *op. cit.*, pg. 162: «anotada la adjudicación del uso de la vivienda familiar cabe el embargo siempre que se le notifique al ocupante, lo cual puede dar lugar a fraudes, sin perjuicio de que la otra parte pueda acudir al Juez embargante, tras la notificación, y señalar otros bienes al objeto de su cobijo».

último párrafo del art. 593 LECiv «cuando el bien cuyo embargo sea una vivienda familiar del tercero y éste presentare al Tribunal el documento privado que justifique su adquisición, el Secretario Judicial dará traslado a las partes y, si éstas, en el plazo de cinco días, manifestaren su conformidad en que no se realice el embargo, el Secretario se abstendrá de acordarlo».

En el caso planteado, el cónyuge usuario no es propietario y la circunstancia de que el inmueble es vivienda familiar no es suficiente para parar el embargo. Pero si el uso sobre la vivienda se configura como carga oponible *erga omnes*, en la tasación del inmueble, según el sistema general, deberá ser tenida en cuenta (arts. 639.3 y 666, 669.2 y 670.5 LECiv)⁴²⁷.

Coherentemente con la naturaleza del derecho de uso como derecho oponible a terceros, ejecutado el inmueble en pública subasta, el rematante adquiere la propiedad del inmueble con subsistencia de derecho del mismo. El hecho de que el legislador haya configurado la protección de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial de esa manera, a través de un derecho oponible *erga omnes*, trae como consecuencia el que el inmueble se encuentre gravado en el momento en el que el acreedor ordinario procede a la ejecución del bien. A estos efectos, es irrelevante que el derecho de crédito haya nacido con anterioridad⁴²⁸ a la constitución del derecho de uso, salvo que haya sido garantizado con alguna carga real oponible a tercero, como ocurre con la hipoteca en la que el acreedor hipotecario, como veremos inmediatamente, ejecuta el inmueble con las cargas y gravámenes que tuviera en el momento de la constitución y no en el de la ejecución. Pero tratándose de un acreedor ordinario que goza de la garantía del patrimonio del deudor (bienes presentes y futuros, art. 1911 CC), salvo que el gravamen posterior al nacimiento del derecho de crédito sea fraudulento, el adquirente en pública subasta deberá soportar las cargas y gravámenes existentes en el momento de la ejecución.

Si el derecho de uso nace y posteriormente se anota un embargo procedente de un acreedor ordinario, el adquirente en pública subasta deberá soportar

427. Dispone el art. 666 LECiv al que se remite el art. 639 LECiv en materia de ejecución ordinaria que «Los bienes inmuebles saldrán a subasta por el valor que resulte de deducir de su avalúo, realizado de acuerdo con lo previsto en los arts. 637 y siguientes de esta Ley, el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte la certificación registral de dominio y cargas».

428. Por el contrario, ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 446, sí distingue en función de que el derecho de crédito haya nacido antes o después de la constitución del derecho de uso. A su juicio, «si la deuda fue contraída con anterioridad a la crisis familiar, y concretamente antes de la atribución del uso a uno de los cónyuges, no parece posible que la ocupación, aunque decidida judicialmente, se superponga válidamente al derecho del acreedor, el que podría, creo, embargar y subastar la vivienda a pesar del derecho surgido con posterioridad al suyo».

el derecho de uso, con independencia del momento en el que haya nacido el derecho de crédito por virtud de cuya lesión se decreta el embargo⁴²⁹.

Por el contrario, cuando el derecho de uso nace con posterioridad a la anotación del embargo, dado que cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que el garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados (art. 71 LH)⁴³⁰ y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha que la misma se ha practicado⁴³¹. En este caso, si el derecho de uso accede al Registro de la Propiedad con posterioridad a la anotación preventiva de embargo deberá recibir el mismo tratamiento que toda carga o gravamen posterior, debiendo extinguirse a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble, no siendo oponible a terceros de buena fe que hayan confiado en la exactitud del Registro⁴³². Con todo, hay que tener presente que la buena fe del adquirente en este contexto puede verse limitada por la posesión del cónyuge no titular, que también es forma de publicidad.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10430), se planteó precisamente un supuesto en el que el derecho de uso nace y se hace constar en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la anotación de embargo. Se produce un embargo ordenado en causa criminal que recae sobre la mitad indivisa que al marido de la recurrente corresponde sobre la casa que constituye la vivienda familiar y terreno que la rodea. En el Registro de la Propiedad, en las fechas en que el embargo se lleva a cabo y en que la traba es objeto de anotación preventiva no consta gravamen alguno sobre dicho inmueble. Tampoco había sido pronunciada todavía la sentencia que en grado de apelación puso fin al proceso de separación matrimonial concediendo el derecho de uso sobre la vivienda al cónyuge no titular. Cuando se celebra la subasta, no consta el derecho de uso en el Registro de la Propiedad.

429. ACHÓN BRUÑEN, «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», UNED, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, pg. 44. CERVILLA GARZÓN, *La atribución...*, cit., pg. 97. MONDÉJAR PEÑA, M. I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002-1, pg. 446.

430. Cfr. al respecto, RIVAS TORRALBA, «Anotaciones de embargo», Barcelona, 1999, pg. 116. SÁNCHEZ JORDÁN, *Las anotaciones preventivas (en particular, la de embargo en sistemas registrales alemán y español)*, Madrid, 2002, pgs. 132 y ss.

431. Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1996 (RJ 1996, 6881), 22 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2567), 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9428).

432. ACHÓN BRUÑEN, *La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges*, cit., pg. 45. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, 1986-I, pg. 1335.

El adquirente en pública subasta demanda al cónyuge titular del derecho de uso, solicitando la puesta en posesión del inmueble adquirido.

El Juez de primera instancia considera que debe prevalecer el derecho de uso de la vivienda a pesar de la propiedad adquirida por el rematante. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial de Huesca declara que el derecho de uso atribuido a la demandada no afecta al actor, cancelando las anotaciones registrales que de este derecho se hubieran podido efectuar. El Tribunal Supremo considera que debe prevalecer el derecho de propiedad del rematante, extinguiéndose el derecho de uso: cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que al garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha en que la misma se ha practicado. Siendo éste el planteamiento inicial, el Tribunal Supremo termina por declarar la subsistencia del derecho de uso por carecer el rematante de buena fe, ya que se demostró en el procedimiento que el rematante tenía conocimiento extrarregistral del derecho de uso por la amistad íntima que le unía con el cónyuge del usuario⁴³³. Obsérvese que la sentencia citada trata al derecho de uso concedido al cónyuge no titular como un auténtico derecho real, en la medida que, aun no estando inscrito en el Registro de la propiedad en el momento de la anotación de embargo, es oponible a tercero que carezca de buena fe.

Idéntico resultado se produce, a mi juicio, si el derecho de crédito nació con posterioridad a la constitución del derecho de uso⁴³⁴. Si éste ha tenido acceso al Registro de la Propiedad, el acreedor a la hora de valorar la solvencia del deudor, lo habrá tenido en cuenta en su toma de decisión de contratar con el cónyuge titular. De lo contrario, bastaría para burlar la protección de la vivienda familiar el endeudamiento masivo por parte del cónyuge titular para provocar el desalojo de la familia de la vivienda, algo que, por cierto, sí puede suceder en caso de normalidad matrimonial. Si el derecho de uso no está inscrito en el Registro de la Propiedad, se podrán desencadenar las consecuen-

433. Cfr. comentarios a esta sentencia por CORTADA I COTIJO, N., «Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000. Anotación de embargo. Derecho de uso de vivienda familiar. Mala fe del adquirente de ésta en subasta judicial», *CCJC*, abril-septiembre, núm. 56, 2001, pgs. 609 y ss. MONDÉJAR PEÑA, M. I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002-1, pgs. 440 y ss.

434. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 446, «si la deuda ha sido adquirida por uno de los esposos con posterioridad a la atribución del uso, la asunción de tal deuda constituye un fraude de ley, ya que no sólo se perjudica por vía indirecta al esposo usuario, sino que se pasa sobre una resolución judicial dictada con anterioridad al nacimiento de la deuda, dando lugar a la evasión del art. 96.4 CC».

cias derivadas de la fe pública registral⁴³⁵ (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 [RJ 2004, 2713])⁴³⁶.

Esta consecuencia –insisto– deriva de la configuración del derecho de uso como derecho oponible *erga omnes*⁴³⁷. Se llega al resultado criticable, sin duda, de que, por ejemplo, un derecho de uso acordado voluntariamente por los cónyuges en un convenio regulador, puede perjudicar el derecho de los acreedores⁴³⁸. Pero para eso existen mecanismos legales como es la rescisión por fraude (arts. 1291 y ss. CC). Lo más censurable de esta conclusión que no propugno, sino que hago derivar de la configuración del uso como oponible *erga omnes*, es que coloca al cónyuge en situación de crisis matrimonial en mejor situación que el de normalidad matrimonial⁴³⁹ que, como he señalado repetidamente, no es protegido a través de un instrumento oponible a terceros.

No me parece admisible y es fuente de inseguridad jurídica considerar tal derecho de uso como oponible a terceros a unos efectos y a otros no. De hecho, sí es consecuente con esta naturaleza, la doctrina que se mantiene en

435. En este sentido, CERVILLA GARZÓN, *op. cit.*, pg. 99; MONDÉJAR PEÑA, *op. cit.*, pg. 447.

436. Ésta es la doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 1995 (RTC 1995, 69) para un supuesto similar: constitución de un derecho de usufructo que no accede al Registro de la Propiedad, hipoteca posterior e inscripción del derecho de usufructo. Prevalece el derecho de hipoteca con cancelación de cargas posteriores en aras a la protección de la buena fe del adquirente.

437. Así parece admitirlo ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pg. 446, cuando respecto de la hipótesis de que el crédito nazca con posterioridad a la constitución del derecho de uso afirma que «si se estima, siguiendo una corriente bastante fuerte, que aquél goza de carácter real, resulta que sólo podría embargarse la nuda propiedad de la vivienda (si así puede llamársele) pero no el uso atribuido al cónyuge no deudor. En efecto, si se asigna al uso de la vivienda eficacia real, se trataría de un derecho real nacido con anterioridad a la deuda en cuestión, y por lo tanto oponible perfectamente a los acreedores que vieron nacer sus créditos con posterioridad a la constitución del uso sobre la el inmueble familiar».

438. Así lo ha denunciado RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, Madrid, 2001, pg. 205: «se crea así un derecho inexpugnable, de mayor fuerza que cualquier derecho real conocido, incluso el de propiedad, que *no encuentra a nuestro juicio suficiente apoyo legal*. Permite que los cónyuges se separen de mutuo acuerdo y se atribuya el uso de la vivienda a uno de ellos, quedando así completamente protegido ese derecho de uso frente a la acción de los acreedores, que no podrán desalojar a los que viven en la vivienda, aunque se adjudiquen la vivienda en pago de su crédito. ¿Por qué razón no se adopta entonces la misma solución y se mantiene el derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando la familia está unida? ¿No se ha consagrado una *discriminación* a favor de la familia disgregada?». La cursiva es del autor. También se hacen eco de esta disfunción, DÍAZ MARTÍNEZ, «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», *Actualidad Civil*, 1998-II, pg. 382; ALGARRA PRATS, *Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros*, cit., pg. 32.

439. Así lo denuncia ACHÓN BRUÑEN, *La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges*, cit., pg. 45.

los casos en los que la vivienda familiar es de ambos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria y es adjudicada en uso a uno de ellos. Es doctrina jurisprudencial consolidada el que el ejercicio de la acción de división de la cosa común no afecta al derecho de uso judicialmente atribuido⁴⁴⁰, que debe subsistir. «Una eventual venta de la cosa en pública subasta debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados o por la decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en el que se acordó» (Fundamento de derecho tercero, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2006 [RJ 2006, 2342]).

Por lo tanto, el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros, si bien la preferencia de ese derecho de la vivienda familiar por la persona a la que viene atribuida en resolución judicial de separación judicial y divorcio, será preferente frente al derecho de uso del adjudicatario atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso y sobre todo y fundamentalmente a la de la buena fe del adquirente (STS 22 de abril de 2004 [RJ 2004, 2713]).

Sin embargo, parece que el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 936) mantiene que el derecho de uso atribuido en sentencia judicial no prevalece frente a la ejecución forzosa y, por tanto, le sería inoponible al acreedor ejecutante. La ejecución era consecuencia de un *derecho de crédito nacido con anterioridad a la constitución del derecho de uso*. «Adquirido el inmueble por un tercero en un proceso de ejecución, derivado del impago de una deuda del matrimonio, no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hijo en sentencia de separación». En los supuestos en los que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a corroborar que la atribución del uso de inmueble a uno de los cónyuges no puede afectar al derecho de propiedad del adquirente.

El hecho de que la constitución de un derecho de uso sobre la vivienda familiar no restrinja el principio de responsabilidad patrimonial universal, siendo lanzado el cónyuge usuario e hijos del deudor como consecuencia del

440. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10684), 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807), 14 de julio de 1994 (RJ 1994, 6439) y 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9144), 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9493), 26 de abril de 2002 (RJ 2002, 4035), 28 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3040), 8 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2342), 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713) 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 29), 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 524) y de 22 noviembre 2010 (RJ 2011, 936). *Vid.* apartado IV.1.2 del presente capítulo.

impago de una deuda asumida por el cónyuge titular, constituye un resultado que equipara la situación de normalidad con la de crisis matrimonial, en tanto que, como he señalado, en situación de normalidad no hay obstáculo que impida la embargabilidad de la vivienda familiar. Es lógico que en situación de crisis matrimonial se llegue al mismo resultado. Sin embargo, esta doctrina no ha sido siempre mantenida por nuestros tribunales (STS 22 de abril de 2004 [RJ 2004, 2713]) y es contradictoria con la oponibilidad *erga omnes* que el propio TS predica del derecho de uso cuando trata otros efectos. La disfunción en cuanto a las consecuencias en situación de normalidad y crisis matrimonial deriva, insisto, de la distinta configuración de la protección de la vivienda en los dos supuestos por parte del legislador. Si se quieren equiparar, deberán igualarse los instrumentos de protección que a día de hoy son diferentes y de distinto alcance.

Si, como señala el TS en sentencia de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10132) «no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares», en coherencia con este planteamiento, cuando un acreedor ordinario anota el embargo sobre una vivienda familiar cuyo uso está atribuido al cónyuge no deudor, el adquirente en pública subasta deberá respetar tal derecho de uso⁴⁴¹ y ello si efectivamente se le quiere dar eficacia real.

Si la oponibilidad del derecho de uso a adquirentes en proceso de ejecución forzosa se considera criticable por suponer una restricción del crédito, la solución es no configurar el derecho de uso como oponible *erga omnes*. Lo que no cabe es configurarlo como tal, declarándolo inscribible en el Registro de la Propiedad y no ser consecuente con las consecuencias, ya que ello genera inseguridad jurídica, tal y como lo muestran las contradicciones del TS en esta materia.

Menos dudas suscita el caso de *ejecución de hipoteca* sobre la vivienda familiar, cuando su constitución ha tenido lugar *con anterioridad al proceso de crisis matrimonial* y, por ende, al nacimiento del derecho de uso. El derecho del acreedor hipotecario prevalece⁴⁴²: el principio de prioridad registral provoca

441. ALGARRA PRATS, *op. cit.*, pg. 32. PLANES MORENO, *op. cit.*, pg. 992.

442. HERRERA PUENTES, *Vivienda atribución del uso, en Derecho de familia: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2005, pg. 597. Así se ha mantenido en la sentencia de la AP de Barcelona de 3 de octubre de 2002 (JUR 2003, 104891). JIMÉNEZ PARÍS, «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Familia y concurso de acreedores*, coordinado por CUENA CASAS, M., Cizur Menor, 2009, pg. 314. En este sentido, la sentencia del Tribunal Su-

esta solución⁴⁴³. Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de octubre de 2010 (núm. 584/2010) (RJ 2010, 7445), respecto de la ejecución de una hipoteca constituida constante matrimonio y constando el consentimiento de ambos cónyuges que posteriormente se divorcian, atribuyendo el derecho de uso sobre el inmueble privativo del marido, a la mujer. Iniciado proceso de ejecución el cónyuge titular del derecho de uso pretende la oponibilidad al mismo al adjudicatario del bien en pública subasta. Se desestima la pretensión por cuanto el derecho de uso es posterior a la constitución del derecho real de hipoteca. «Es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial» (fundamento de derecho quinto). El inmueble hipotecado debe ser valorado con arreglo a las cargas anteriores a la constitución del gravamen (art. 666 LECiv), procediéndose a la cancelación de cargas posteriores (art. 674.2 LECiv).

Esta doctrina es expresada con meridiana claridad en la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 20 de junio de 2006 (JUR 2006, 236236) en un caso de ejecución de hipoteca constituida con anterioridad al derecho de uso otorgado al cónyuge no titular. La sentencia de instancia consideró que el uso debería prevalecer y que las demandadas podían permanecer en posesión del inmueble adquirido por el tercero en pública subasta: «teniendo en cuenta que en el momento de la adquisición por parte de la entidad actora constaba inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho de uso a favor de las demandadas, no siendo por lo tanto terceros de buena fe, sino que conocían perfectamente la existencia del derecho, y unido a que conforme la naturaleza y esencia de éste no se ha producido la extinción a la vista de la subsistencia de intereses más necesitados de protección y la minoría de

premo de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713), comentada por CAMPUZANO TOMÉ, H., *CCJC*, núm. 67, pg. 181.

443. Sin embargo, en el auto de la AP de Barcelona de 26 de febrero de 2003 (AC 2003, 1280) en un supuesto de derecho de uso nacido con posterioridad a la constitución de hipoteca, se concluye que dado que se trata de un derecho oponible *erga omnes* de carácter temporal, debe prevalecer sobre los derechos del acreedor hipotecario. Como se puede apreciar, la confusión es total en esta materia y se ignoran los principios básicos de la prioridad registral.

edad de la hija de la demandada, es por lo que procede la desestimación de la demanda al no haberse extinguido el derecho de uso reconocido».

Error grave el que comete la sentencia de instancia al entender que hay que estar al momento de la adquisición por el rematante y no al momento en el que se constituyó el derecho real de hipoteca que motiva la ejecución⁴⁴⁴. La Audiencia, acertadamente, considera que el derecho de uso debe extinguirse: «pese a que la actora conociera la atribución del derecho de uso sobre la vivienda en la fecha en que adquirió ésta del titular, vía cesión de remate, del bien hipotecario ejecutado, tal conocimiento no opera en perjuicio del referido adquirente sino en beneficio del mismo en tanto en cuanto el derecho de uso estaba, en su condición de derecho nacido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, vinculado al devenir de ésta, en el que, habida cuenta de que la hipoteca se había ejecutado, el derecho de uso, de configuración sustantiva y procesal absolutamente ajena al banco hipotecante, se extinguía con tal ejecución. Todo ello, *en el bien entendido de que si los derechos del acreedor hipotecario no están a expensas de los intereses familiares de una familia bien avenida que vincule su vivienda familiar a tal carga, haya o no menores en la misma, tampoco pueden tales derechos, obviamente, quedar a expensas de los intereses de una familia mal avenida, por cuya desavenencia el Juez de familia haya concedido el derecho de uso de la vivienda al cónyuge custodio y a los hijos menores, pues la protección de los intereses del cónyuge custodio y de los menores en modo alguno se proyecta sobre el titular de la garantía hipotecaria en ninguno de los dos casos, no apreciando la Sala en que medida puede presentar respaldo jurídico esa suerte de función social que, al parecer exclusivamente para matrimonios o parejas desavenidas, se pretende por la parte demandada-apelante y se respalda en la sentencia de instancia con cita de precedentes distintos al caso que ahora nos ocupa. Debiéndose tener presente, por otro lado, que el alegato de la parte demandada, a través del cual apunta la posibilidad de que el impago de la hipoteca haya podido ser predeterminado por el padre en perjuicio de la madre e hija, tampoco alcanza a condicionar los derechos del acreedor hipotecario ni los de aquellos que de él traen causa, pues el derecho real de hipoteca no queda al albur de tales acontecimientos». Efectivamente, hacer prevalecer un derecho de uso sobre los derechos reales constituidos con anterioridad supone vulnerar*

444. En este sentido, en el Auto de la AP de Barcelona de 15 de mayo de 2001 (JUR 2001, 215399): «El rematante o adjudicatario trae causa del momento en que tuvo lugar la inscripción de la hipoteca y, consiguientemente, no le son oponibles los actos posteriores ni siquiera inscritos en el Registro. Para que esta inscripción hubiera protegido al titular del derecho real de uso especial de la vivienda familiar, habría de anteceder a la hipoteca».

abiertamente el principio de prioridad registral y dar una salida fácil al deudor para garantizar el uso de la vivienda a pesar del incumplimiento de la obligación garantizada.

En definitiva, con la concesión del derecho de uso por parte del Juzgado de familia a favor del cónyuge custodio e hija menor sobre la vivienda familiar, no puede el Juzgado otorgar a favor de los mismos unos derechos frente al titular del derecho de hipoteca, o los causahabientes de éste –ajenos además al procedimiento de familia–, que no existían con anterioridad, quedando siempre el derecho de uso judicialmente concedido sujeto al devenir del precedente derecho hipotecario.

No cabe plantear la situación en los mismos términos cuando la constitución de la hipoteca es *posterior* al nacimiento del derecho de uso. El acto de gravamen debiera contar con el consentimiento del titular del derecho de uso (art. 96 CC), por lo que la impugnación del mismo hará prevalecer el derecho de uso, sin que se pueda llevar a efecto la ejecución del derecho real de hipoteca. Ahora bien, si se entiende que a la falta de consentimiento del art. 96.4 CC no le es aplicable el art. 1322 CC⁴⁴⁵, la constitución del gravamen no sería anulable, pero ejecutado el mismo, el rematante deberá soportar el derecho de uso.

En suma, es preciso resaltar la discriminación legal positiva a favor de la familia en situación de crisis matrimonial. En situación de normalidad, el cónyuge carece de cualquier derecho de ocupación o de uso sobre la vivienda familiar que le proteja frente al endeudamiento masivo e unilateral del cónyuge propietario. Se trata de una disfunción seria en el derecho español que debiera justificar una reforma legislativa al respecto que, a mi juicio, debiera ir en la línea de conceder al cónyuge en situación de normalidad matrimonial un derecho de ocupación sobre la vivienda, tal y como ya aconsejó el Consejo de Europa. Claro que esta medida sólo se debe adoptar *si de verdad* se quiere proteger la vivienda familiar frente a los actos dispositivos de su titular y frente su endeudamiento irresponsable.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, E, «La atribución del uso de la vivienda cuando existen hijos mayores de edad convivientes», El consultor inmobiliario, La Ley 2009.

ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte ex cónyuge o conviviente more uxorio del ejecutado», *La Ley*, núm. 6573, 19 de octubre de 2006.

445. *Vid. supra* apartado IV.1 del presente capítulo.

- «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», UNED, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006.
- AGUIRRE FERNÁNDEZ, B., «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado». *Diario la Ley*, núm. 7378, 12 abril 2010 año CCCI.
- ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia*, Madrid, 2006.
- ALBIEZ DOHRMANN, «La aplicación del art. 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual», *AC*, 1987-1, pgs. 1353 y ss.
- ALGARRA PRATS, «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo (RTC 2002, 106))», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002.
- ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ SALA, J., «Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *RDN*, 1981, pgs. 19 y ss.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P., «El régimen económico matrimonial en la Reforma del Código Civil», *RCDI*, 1981, pgs. 1373 y ss.
- BEAUCHARD, *Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce*, JCP N 1982 p. 63, n° 38 et ss.
- BELDA SÁENZ, C., «Notas para el estudio del art. 1320 CC», *RDP*, 1985, pgs. 331 y ss.
- BELLO JANEIRO, D., *El precario. Estudio teórico-práctico*, Granada, 1999.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma», *ADC*, 1988, pgs. 849 y ss.
- CABEZUELO ARENAS, L., «Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2008-2, núm. 21, pgs. 309 y ss.
- Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2011 (6237/2011), en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, vol 5º (2011-2012), dirigido por M. Yzquierdo Tolsada, Madrid, 2016.

- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, «Protección legal de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1988, pgs. 1583 y ss.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el art. 1320 del Código Civil», *RCDI*, 1987, pp. 1431 y ss.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 12 LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinados por R. BERCOVITZ, Cizur Menor, 2010 (BIB 2010, 7321).
- «Comentario al artículo 15 LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Pamplona, 1995, pgs. 356 y ss.
 - «Llueven custodias compartidas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 823/2011, BIB 2011, 1053.
- CARRERAS MARAÑA, J., «¿Es necesario el pronunciamiento judicial sobre el uso y atribución de la vivienda familiar cuando se adopta una medida de guarda y custodia compartida?», *Encuesta jurídica*, RJ Sepín, Persona y familia, enero 2007, pg. 6.
- CASTILLA BAREA, M., *Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, BIB 2010, 1563.
- CERVILLA GARZÓN, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005.
- COLÁS ESCANDÓN, A., *La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU*, BIB 2003, 1292.
- CORDERO CUTILLAS I, *Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, Actualidad Civil, marzo 2013, núm. 3.
- CORRIENTE CÓRDOBA, «Hogar familiar y derecho europeo», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, pgs. 333 y ss.
- CORTADA I COTIJO, N., «Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000. Anotación de embargo. Derecho de uso de vivienda familiar. Mala fe del adquirente de ésta en subasta judicial», *CCJC*, abril-septiembre, núm. 56, 2001, pgs. 609 y ss.
- COSTAS RODAL, L., «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2010, BIB 2010, 1501.
- Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y

custodia compartida en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil– Mercantil*, núm 11/2016 (BIB 2016/85676).

CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996.

- “Uso de la vivienda familiar y compensación al cónyuge propietario”. *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 2, abril-junio 2014. www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/63/40
- «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», *Revista electrónica NUL-Estudios*, <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/document.php?id=572>.
- «Comentario a las sentencias de unificación de doctrina de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007, 723) y 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5303)», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 1º, dirigidos por YZQUIERDO TOLSADA, M., Madrid, 2008, pgs. 351 y ss. y 493 y ss.
- «Divorcio y pago de hipoteca» <http://hayderecho.com/2011/05/26/de-nuevo-divorcio-y-pago-de-hipoteca/>.
- Mecanismos del protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n° 23, 2015, pp. 11 –63.

DE AMUNÁTEGUI, C., en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y mercantil)*, coordinado por YZQUIERDO TOLSADA, M., vol. 1º, Madrid, 2008, pgs. 43 y ss.

- «Atribución de vivienda familiar en el supuesto de hijos mayores de edad. Uso alternativo y temporal». Comentario a la STS de 6 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4586), CCJC n° 103, Enero– abril 2017.

DE LA CUESTA SÁENZ, «La protección de la vivienda familiar en los derechos francés y español», *Estudio de Derecho Comparado*, RDN, 1983, pgs. 129 y ss.

DE LA PUENTE ALFARO, «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», *RCDI*, núm. 698, 2006, pgs. 2359 y ss.

DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 1, Madrid, 1982.

DEL OLMO GUARIDO, «La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho, Comentario a la sentencia

del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998», *Revista de Derecho Privado*, febrero, Madrid, 2000, pgs. 155 y ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, JR., «La atribución del uso de la vivienda familiar en España» Ponencia a las VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, organizadas por el Departamento de Derecho en colaboración con el IDIBE, 14 de octubre de 2015, Instituto de Derecho Iberoamericano, <http://idibe.org/2015/10/05/la-atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar-en-espana-ponencia-a-las-vi-jornadas-internacionales-de-derecho-de-familia-organizadas-por-el-departamento-de-derecho-en-colaboracion-con-el-idibe-14-d/>

DÍEZ-PICAZO, *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, «Definición y atribución del domicilio familiar», pg. 7, <http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>.

ECHEVARRÍA DE RADA, T, Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual, RCDI N° 757, 2016, 2471 y ss.

ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, 1992, pg. 25.

– «La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho Civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)», *La Notaría*, núm. 4/2001.

FERNÁNDEZ DOMINGO, «Una propuesta sobre el "patrimonio familiar inembargable"», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, 2005, pgs. 208 y ss.

FERNÁNDEZ GIL, «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad», en *Derecho de Familia*, coord. por Díez Picazo Giménez, Thomson Civitas, Navarra, 2012.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias», *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, pgs. 257 y ss.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO MC, «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011, 939)», *Revista de Derecho Patrimonial* num. 27/2011 2, BIB 2011 1270.

FÍNEZ, J. M., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por PANTALEÓN PRIETO, F., Madrid, 1995.

- FORCADA MIRANDA, J., MADRAZO MELÉNDEZ, B. y GUERRERO PEYRONA, J., «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial», http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002649_02.pdf (consultado el 20 de agosto de 2011).
- GARCÍA CANTERO, en CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, t. V, vol. 1º, Madrid, 1994, pgs. 379 y ss.
- «Comentario al art. 96 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. II, Madrid, 1982, pgs. 406 y ss.
 - «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, coordinado por VILADRICH, P. J., Pamplona, 1986.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Parejas de hecho y lealtad constitucional», *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pgs. 35 y ss. y también en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/novedades/CONSTI-TUCIONAL.PDF> (consultado el 27 de agosto de 2011).
- GARRIDO CERDÁ, «Derecho de un cónyuge sobre los bienes del otro», *RDN*, 1982.
- GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al art. 70 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 1º, Madrid, 1984.
- GIL MEMBRADO, C., «La vivienda familiar», Ed. Reus. Madrid 2013.
- GIMÉNEZ DUART, «El artículo 1320 del Código Civil ¿es aplicable en Cataluña?», *RJC*, 1982, pgs. 193 y ss.
- «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RDN*, 1981.
 - «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge. (Ensayo contra el artículo 1322)», *Anales de la Academia Matritense del notariado*, t. XXVIII.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986.
- GÓMEZ GÓMEZ, «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *RCDI*, 1952, núm. 290.
- GONZÁLEZ BOU, E., «La protección de la vivienda familiar en los ordenamientos jurídicos españoles», en *El nuevo Derecho de familia: Modificaciones legis-*

lativas y tendencias doctrinales, dirigido por NAVARRO VIÑUALES, J. M., Cizur Menor, 2006, pgs. 157 y ss.

GONZÁLEZ CARRASCO, A., «El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler» <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/EL-NUEVO-RÉGIMEN-DE-LOS-ARRENDAMIENTOS-DE-VIVIENDA-TRAS-LA-LEY-DE-MEDIDAS-DE-FLEXIBILIZACIÓN.pdf>

GONZÁLEZ POVEDA, P., «Las crisis matrimoniales y la Ley de Arrendamientos Urbanos. Los arts. 12 y 15», *RDP*, marzo 1997, núm. 68.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», Tomo de Jurisprudencia *Diario La Ley*, núm. 7206, Año XXX, 29 junio 2009; Ref. D-235.

GORDILLO CAÑAS, «El principio de fe pública registral», (II), *ADC*, núm. LXI-3, 2008.

– «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *ADC*, 1982, pgs. 1111 y ss.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Matrimonio y crisis conyugal del inquilino en la nueva LAU*, BIB 1998, 1193.

– «Comentario al artículo 15 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, AA VV, dirigidos por GUILARTE GUTIÉRREZ, Valladolid, 1994, pg. 145.

– «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», *Aranzadi Civil*, 1994 (BIB 1994, 72).

– *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Madrid, 1991.

HERRERA PUENTES, *Vivienda atribución del uso*, en *Derecho de familia: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2005.

HERRERO GARCÍA, M. J., «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pgs. 291 y ss.

– «Comentario al artículo 1320 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pg. 588.

ISAC AGUILAR, A., «Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal», *RCDI*, 1986, núm. 577, pg. 1730.

- JORBA JORBA, O., «La vivienda habitual del cónyuge superviviente», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 10/2010, parte Estudio, Cizur Menor, 2010.
- JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J. R., «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1992, núm. 4, pgs. 1033 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, vol. I, Barcelona, 1990.
- «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986.
 - *Elementos de Derecho Civil III bis, Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984.
- LARRONDO LIZARRAGA, «El ejercicio de actos dispositivos sobre la vivienda familiar en el nuevo Codi de Família», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, agosto-octubre 1999, pgs. 273 y ss.
- LEGERÉN MOLINA, A., Antonio Comentario a la Sentencia de 30 de abril de 2012. CCJC, núm 90, 2012 (BIB 2012/2986)
- LLOPIS GINER, «La vivienda familiar y su protección registral», en *Estudios de Derecho inmobiliario registral en homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, coordinado por CLEMENTE MEORO, M., Valencia, 2002.
- LÓPEZ-BREA, C., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», en *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales*, Madrid, 2010.
- LÓPEZ LIZ, «Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Adquisición, administración y disposición», *Hipoteca y embargo. Con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Barcelona, 1998.
- LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, Madrid, 2001.
- LÓPEZ ORDIALES, L., «Custodia compartida: cuestiones procesales», en *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Estudios de Derecho Judicial 147, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- LOSCERTALES FUERTES, D., *Los arrendamientos urbanos*, Madrid, 1995.
- LUCINI CASALES, «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil refor-

- mado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, pgs. 87 y ss.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», *Diario La Ley*, núm. 7105, 2 de febrero de 2009, año XXX, Ref. D-20, 40228/2008.
- MARÍN LÓPEZ, J., *Comentarios al Código Civil, T. I*, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- MARTÍN MARTÍN, «Comentario del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», *La Reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 1998, pgs. 212 y ss.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, párrs. 1, 2 y 3 CC)*, Cizur Menor, 2005.
- MARTÍN VELARDE, A., «Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en propiedad a su consorte. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25, año 2010-2, pgs. 285 y ss.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, Madrid, 1981.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al art. 394 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. I.
- MONDÉJAR PEÑA, M. I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002-1, pgs. 440 y ss.
- MORALEJO IMBERNÓN, «El embargo de bienes gananciales. Algunas reflexiones sobre la reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1978, de 4 de septiembre», *Aranzadi Civil*, 1999 (BIB 1198, 1357).
- MORENO TORRES-HERRERA, ML, «El pago del préstamo hipotecario tras el divorcio», *InDret*, enero 2017.
- MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J., «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE UU», *Diario La Ley*, núm. 7179, Sección Tribuna, 21 mayo 2009, Año XXX.

- MUÑOZ DE DIOS, «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 CC», *AAMN*, t. XXVII.
- MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (artículo 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002.
- MURILLAS ESCUDERO, J. M., *Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿precario o comodato?*, *BIB* 2007, 1015.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, 1986-I.
- PANIZA FULLANA, A., «Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar». (A propósito de sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014). *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* núm 10, 2015. *BIB* 2015/107.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989.
- PLANES MORENO, *La vivienda familiar, en Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinado por HIJAS FERNÁNDEZ, Madrid, 2009.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. (2011): «La vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia, T. Procedimiento Contencioso*, vol. I, Aspectos sustantivos, Valladolid, Lex Nova, 2011.
- PÉREZ DE VARGAS, J., *El nuevo contrato de arrendamientos urbanos*, Madrid, 1995.
- PÉREZ UREÑA, A., «La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil», *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, Asociación Española de Abogados de familia, coordinado por DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL, C. y HERNÁNDEZ CATALÁN, 2003, pgs. 495 y ss.
- PINTO ANDRADE, «La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales», *AC*, 2012, no 21
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona, 1998.
- QUICIOS MOLINA, S., «La reforma de los arrendamientos urbanos según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 8/2012 (*BIB* 2012/3404).
- RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*, Madrid, 2001.
- RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987.
- «Comentario al artículo 96 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coordina-

dos por RAMS ALBESA y MORENO FLÓREZ, t. II, vol. 1º, Barcelona, 2000, pgs. 1018 y ss.

RIVAS TORRALBA, *Anotaciones de embargo*, Barcelona, 1999, pg. 116.

ROCA GUILLAMÓN, J., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 20/1994 de 24 de noviembre*, coordinado por LASARTE ÁLVAREZ, C., Madrid, 1996.

ROCA TRÍAS, E., *Comentario al art. 96 CC, en Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Notas sobre la vivienda habitual de la familia. (En turno rectificación)», *RCDI*, 1982, pgs. 1599 y ss.

SALAS CARCELLER, A., «La atribución de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales». Comentario a la sentencia de la Sala primera del TS 596/2015, de 30 de octubre (Rec.2267/2013), *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 2/2016 (BIB 2016/208).

ROVIRA SUEIRO, M.E., «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: su impacto en el ordenamiento español», en *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, (Rovira Sueiro, M. E. y Legerén Molina, A, Thomson Reuters Aranzadi 2015, p. 49.

SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Cizur Menor, 2001.

SÁNCHEZ JORDÁN, *Las anotaciones preventivas (En particular, la de embargo en sistemas registrales alemán y español)*, Madrid, 2002.

SANTOS MORÓN, M.J., «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de atribución de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencia y Anteproyecto de reforma». *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDCISSN> 2341 2216 vol. I, núm. 3 (julio septiembre, 2014) *Estudios*, pp. 1-36.

SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 15 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por O'CALLAGAHAN, X., Madrid, 1995, pgs. 154 y ss.

– «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986.

TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Cizur Menor, 2003.

- TENA PIAZUELO, I., «¿Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010) ¿niños "de primera"?, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2011 (Estudio), BIB 2011, 21.
- «La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda», Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «La "matrimonial home" en el régimen matrimonial inglés, La reforma del Derecho de familia», *Cuadernos de Derecho Comparado*, núm. 1, Departamento de Derecho Civil II, Salamanca, 1977, pgs. 73 y ss.
- VALLADARES, E., «Nulidad, separación, divorcio», *Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Madrid, 1982.
- VAREILLE, *Protection du logement de la famille, en Droit patrimonial de la famille*, coordinado por M. GRIMALDI, París, 2008.
- VELÁZQUEZ MARTÍN, «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», *AC*, núm. 10, marzo 2002, pgs. 343 y ss.
- VERDERA IZQUIERDO, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda». InDret. Revista para el análisis del Derecho. Enero 2016.
- La atribución del uso de otras viviendas distintas a la familiar. Las segundas residencias. *Revista de Derecho de Familia* núm 74/2017 (BIB 2017/10767).
 - «Incidencia en la modificación de medidas de la convivencia con un tercero en la vivienda familiar», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Rams Albesa*, coordinados por Cuena Casas, M, Anguita Villanueva, L, Ortega Doménech, J, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1635 y ss.
- YÁÑEZ VIVERO, F., «El embargo de la vivienda familiar y su anotación: Reforma del Reglamento Hipotecario y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Consultor Inmobiliario*, 2002, núm. 26.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La disyuntiva entre el principio dispositivo y el inquisitivo como rector de los procesos matrimoniales», AA VV, *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 2000, pgs. 39 y ss.