



TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

VOL. II

1.^a edición

MATILDE CUENA CASAS
JULIO TEJEDOR BIELSA
(DIRECTORES)

BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

ESTUDIOS JURÍDICOS, 23

TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

Volumen II

DIRECTORES:

MATILDE CUENA CASAS

Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense.

JULIO TEJEDOR BIELSA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Madrid, 2025

Primera edición: octubre de 2025

Proyecto de Investigación I+D PID 2021-124953NB: «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar». Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación

Investigadora principal: Matilde Cuenca Casas

© De los contenidos, sus autores

© Para esta edición. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2025



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-25-119-8(edición en papel)

144-25-120-0 (edición en línea, PDF)

144-25-118-2 (edición en línea, Epub)

ISBN: 978-84-340-3090-9

Depósito legal: M-19628-2025

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

SUMARIO

	Páginas
LISTADO DE AUTORES.	XI
ABREVIATURAS	XVII

Volumen II

SECCIÓN 5. VIVIENDA COMO PROBLEMA EN SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICA Y FAMILIAR

X. PATOLOGÍAS JURÍDICAS DE LA VIVIENDA

Coordinación: Cristina Argelich Comelles

A. Usos anómalos. <i>Cristina Argelich Comelles</i>	33
B. Discriminación residencial. <i>Cristina Argelich Comelles</i>	53
C. Gentrificación. <i>Cristina Argelich Comelles</i>	69
D. En particular, el uso turístico de la vivienda. <i>M.^a Nélida Tur Faúndez</i> ...	87
E. Acoso inmobiliario. <i>Cristina Argelich Comelles</i>	109

XI. LA REACCIÓN FRENTE A SITUACIONES PATOLÓGICAS

Coordinación: Francisco López Simó

A. Remedios procesales civiles de la vivienda en alquiler u ocupada en precario: los juicios verbales de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo y por precario. <i>Felip Alba Cladera</i>	125



	Páginas
B. El problema de la ocupación ilegal en España. <i>Matilde Cuenca Casas</i>	169
C. Remedios civiles frente a la ocupación de inmuebles (I): El juicio verbal para el desahucio exprés de «okupas». <i>Francisco López Simó</i>	191
D. Remedios civiles frente a la ocupación de inmuebles (II): El juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos. <i>Jaime Vegas Torres</i>	223
E. Remedios penales frente a la ocupación de inmuebles (I): Praxis del delito de allanamiento de morada. <i>Vicente Magro Servet</i>	255
F. Remedios penales frente a la ocupación de inmuebles (II): El delito de usurpación de inmuebles. Procedimientos penales para recuperar la posesión de un inmueble: diligencia de entrada y registro y medidas cautelares. <i>Carlos Viader Castro</i>	279
G. Remedios extrajudiciales frente a la ocupación de inmuebles: La actuación de las denominadas «empresas desokupas». <i>Silvia Pereira Puigvert</i>	303
H. La movilización de la vivienda vacía, entre el fomento y la coerción. <i>Cristina Argelich Comelles</i>	315

XII. VIVIENDA HABITUAL Y EJECUCIÓN FORZOSA

Coordinación: Ignacio Cubillo López

A. Embargabilidad de la vivienda. El empresario de responsabilidad limitada. <i>Bárbara Sánchez López</i>	333
B. La realización forzosa de la vivienda habitual en la ejecución ordinaria y en la ejecución hipotecaria. <i>Ignacio Cubillo López</i>	375
C. La ejecución de la vivienda habitual en el concurso de acreedores. Ejecución y exoneración del pasivo o régimen de segunda oportunidad. <i>Matilde Cuenca Casas</i>	411
D. Visión panorámica y recapitulatoria de los mecanismos procesales de protección a las personas vulnerables. <i>Felip Alba Cladera</i>	441

XIII. VIVIENDA FAMILIAR

Coordinación: Carmen López Rendo

A. Adquisición de la vivienda familiar. <i>Camino Sancinena Asurmendi</i>	459
B. La vivienda familiar en la crisis matrimonial y de pareja. <i>Carmen López-Rendo Rodríguez</i>	483



SUMARIO

	Páginas
C. Disposición de la vivienda familiar.	517
C.1 Disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio. <i>Ignacio Fernández Chacón</i>	517
C.2 Disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial. <i>Ignacio Fernández Chacón</i>	539
D. Derecho y contratos sobre la vivienda familiar.	567
D.1 Derecho y contratos sobre la vivienda familiar: Contrato de arrendamiento: Contrato de Arrendamiento (arts. 12, 15 y 16 LAU). <i>Carmen López-Rendo Rodríguez</i>	567
D.2 El contrato de alimentos. <i>María José Azaustre Fernández</i>	597
E. Efectos fiscales derivados de la atribución de la vivienda familiar. <i>Carmen López-Rendo Rodríguez</i>	617
E.1 La aportación de la vivienda familiar a la sociedad de ganancias y su adjudicación en la liquidación del régimen.	617
E.2 Efectos fiscales derivados de la adjudicación de la vivienda habitual/familiar en la liquidación del régimen de separación de bienes. Extinción de condominio.	635
E.3 La adjudicación de la vivienda habitual/familiar en pago de la pensión compensatoria y/o de la indemnización del artículo 1438 CC.	661



LISTADO DE AUTORES TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

DIRECTORES:

Matilde Cuena Casas. *Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense.*
m.cuena@telefonica.net

Julio Tejedor Bielsa. *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza. Abogado.* tejedorj@unizar.es

COORDINADORA GENERAL DE LA OBRA:

María Teresa Alonso Pérez. *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.*
alonso@unizar.es

COORDINADORES:

María Teresa Alonso Pérez. *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.*
alonso@unizar.es

Cristina Argelich Comelles. *Profesora Ayudante Doctor –acreditada a Contratado Doctor– de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.* cristina.argelich@uam.es

Enrique Bueso Guirao. *Asesor jurídico de la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), Abogado. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio y Doctor en Derecho por el Departamento de Derecho Administrativo, Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Universidad Politécnica de Valencia.*

Ignacio Cubillo López. *Profesor Titular (acreditado como Catedrático) de Derecho Procesal de Córdoba.* dc1cubli@uco.es y cubillo@der.ucm.es

Francisco López Simó. *Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de las Islas Baleares.* francisco.lopezsimo@uib.es



- Ana Lambea Rueda.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.*
ana.lambea@der.ucm.es
- María Goñi Rodríguez de Almeida.** *Profesora de Derecho Civil. Universidad Francisco de Vitoria.* maria.goni@ufv.es
- Carmen Callejo Rodríguez.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.* ccallejo@ucm.es
- José García Montalvo.** *Catedrático de economía aplicada. Universidad Pompeu Fabra.* jgmontalvo@gmail.com
- Alejandro Fuentes-Lojo.** *Abogado.* a.fuenteslojo@fuenteslojo.com
- Diego de Vigil Quiñones.** *Registrador de la propiedad. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil IEB-UCM.* dvigilotero@hotmail.com
- Clara Gago.** *Profesora de Derecho civil de la Universidad de Oviedo.* gagoclara@uniovi.es
- Carmen López Rendo.** *Abogada especializada en Derecho de familia y Profesora Titular. Universidad de Oviedo.* clopezrendo@gmail.com
- Juli Ponce Solé.** *Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.* jponce@ub.edu
- Felipe Iglesias González.** *Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Consultor de Uría Menéndez en Madrid.* felipe.iglesias@uam.es
- Elisa Moreu Carbonell.** *Profesora Titular de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza.* emoreu@unizar.es
- Cristina Bueno Maluenda.** *Profesora Titular de Derecho financiero y tributario. Universidad de Zaragoza.* cribueno@unizar.es
- Marcos Vaquer Caballería.** *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Carlos III.* mvaquer@der-pu.uc3m.es
- Enrique Bueso Guirao.** *Doctor en Derecho. Gerente de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo.* ebueso@promotorespublicos.org
- Juan Manuel Pérez Mira.** *Doctor en Economía. Socio director de AGES GPR. Consultor de sector público.* jmp@agesasesores.org
- Belinda López Mesa.** *Catedrática de Construcciones Arquitectónicas. Universidad de Zaragoza.* belinda@unizar.es
- Juan Pemán Gavín.** *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza.* jpemang@unizar.es
- Andrés Boix Palop.** *Profesor Titular de Derecho administrativo. Universidad de Valencia.* Andres.Boix@uv.es
- Sorcha Edward.** *Secretaria General de Housing Europe.* sorch.edwards@housingeurope.eu

AUTORES:

- Felip Alba Cladera.** *Profesor Ayudante Doctor –acreditado a Contratado Doctor– de Derecho Procesal de la Universidad de las Islas Baleares.*
- María Teresa Alonso Pérez.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.*
- Segismundo Álvarez Royo-Villanova.** *Notario.*
- Cristina Argelich Comelles.** *Profesora Ayudante Doctor –acreditada a Contratado Doctor– de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.*



- Vega María Arnaez Arce.** *Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Deusto.*
- María José Azaustre.** *Profesora de Derecho romano. Universidad de Oviedo.*
- Aurelio Barrio Gallardo.** *Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.*
- Carlos Beltrán Velamazán.** *Investigador del área de Construcciones Arquitectónicas de la Universidad de Zaragoza.*
- Andrés Boix Palop.** *Profesor Titular de Derecho administrativo. Universidad de Valencia.*
- Sofía Borgia Sorrosal.** *Profesora de Derecho financiero y tributario. Universidad Francisco de.*
- Cristina Bueno Maluenda.** *Profesora Titular de Derecho financiero y tributario. Universidad de Zaragoza.*
- Enrique Bueso Gómez.** *Abogado especialista en derecho público, urbanismo y derecho de la edificación. · Carrau corporación.*
- Enrique Bueso Guirao.** *Asesor jurídico de la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), Abogado. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio y Doctor en Derecho por el Departamento de Derecho Administrativo, Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Universidad Politécnica de Valencia. Doctor en Derecho. Gerente de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo.*
- Gemma Caballé Fabra.** *Investigadora postdoctoral en la Cátedra UNESCO d'Habitatge de la Universitat Rovira y Virgili.*
- Carmen Callejo Rodríguez.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.*
- Alex Canals Compan.** *Profesor asociado de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.*
- Christian Alberto Cao.** *Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires.*
- Valentina Capuozzo.** *Profesora en el Departamento de Ciencias políticas y sociales. Universidad de Bolonia.*
- Asunción Casabona Berberana.** *Doctora en Derecho y Jefa del Servicio de Patrimonio del Gobierno de Aragón.*
- Ignacio Cubillo López.** *Profesor Titular (acreditado como Catedrático) de Derecho Procesal de Córdoba.*
- Helena Díez García.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León.*
- Sorcha Edward.** *Secretaria General de Housing Europe.*
- Daniel B. Entrena Ruiz.** *Profesor titular de Derecho administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.*
- Josep Maria Espinet Asensio.** *Abogado Espinet Advocats.*
- Almudena Espinosa.** *Profesora Contratada Doctora del área de Construcciones Arquitectónicas de la Universidad de Zaragoza.*
- Jesús Estruch Estruch.** *Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valencia.*
- Rafael Fernández Bautista.** *Abogado y doctor en Derecho.*
- Ignacio Fernández Chacón.** *Profesor de Derecho civil. Universidad de Oviedo.*
- José María Fernández Seijo.** *Magistrado especialista en asuntos mercantiles. Titular del Juzgado Mercantil n.º 11 de Barcelona.*
- Alejandro Fuentes-Lojo.** *Abogado.*
- Clara Gago.** *Profesora de Derecho civil de la Universidad de Oviedo.*



- Gerardo García Álvarez.** *Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza.*
- José García Montalvo.** *Catedrático de economía aplicada. Universidad Pompeu Fabra.*
- Pedro Garrido Chamorro.** *Notario.*
- Judith Gifreu Font.** *Profesora de Derecho Administrativo, Universitat Autònoma de Barcelona.*
- Clàudia Gimeno Fernández.** *Profesora de Derecho Administrativo, Universitat de València.*
- Fernando Gomá Lanzón.** *Notario.*
- Marta Gómez Gil.** *Profesora con contrato de interinidad del área de Construcciones Arquitectónicas de la Universidad de Zaragoza.*
- Nicolás Guillén Navarro.** *Profesor de Derecho Administrativo y Director de la Escuela de Turismo de la Universidad de Zaragoza.*
- Felipe Iglesias González.** *Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Consultor de Uría Menéndez en Madrid.*
- Albert Ituren i Oliver.** *Profesor de Derecho Administrativo, Universitat de València.*
- Abderrahim Khairi.** *Coordinadora de miembros y eventos Housing Europe.*
- Teresa Jiménez Paris.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.*
- Ángel Juárez Torrejón.** *Profesor Visitante Universidad Carlos III.*
- Nuria Lambea Llop.** *Subdirectora e investigadora postdoctoral en la Cátedra UNESCO d'Habitatge de la Universitat Rovira y Virgili.*
- Ana Lambea Rueda.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.*
- Belinda López Mesa.** *Catedrática de Construcciones Arquitectónicas. Universidad de Zaragoza.*
- Carmen López Rendo.** *Abogada especializada en Derecho de familia y Profesora Titular. Universidad de Oviedo.*
- Francisco López Simó.** *Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de las Islas Baleares.*
- Teresa López Tur.** *Profesora de Derecho civil. Universidad Islas Baleares.*
- Joaquín López Vallés.** *Asesor Principal en el Banco Mundial. Técnico Comercial y Economista del Estado.*
- Vicente Magro Servet.** *Magistrado del Tribunal Supremo.*
- Loreto Carmen Mate Satué.** *Profesora permanente laboral de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.*
- Elga Molina Roig.** *Directora General de vivienda de Navarra. Asesora jurídica en vivienda en SMHAUSA. Doctora en Derecho Civil.*
- Lucía M. Molinos Rubio.** *Profesora Contratada doctora de Derecho financiero y tributario. Universidad de Zaragoza.*
- Marta Monzón Chavarrías.** *Profesora Titular de Universidad del área de Construcciones Arquitectónicas de la Universidad de Zaragoza.*
- Elisa Moreu Carbonell.** *Profesora Titular de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza.*
- Juan Pablo Murga Fernández.** *Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla.*
- Sergio Nasarre Aznar.** *Catedrático de Derecho civil. Universidad Rovira i Virgili.*
- Juan Pemán Gavín.** *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza.*

- Silvia Pereira Puigvert.** *Profesora Agregada de Derecho Procesal de la Universidad de Girona.*
- Juan Manuel Pérez Mira.** *Doctor en Economía. Socio director de AGES GPR. Consultor de sector público.*
- Rocío Perteguer.** *Registradora de la Propiedad.*
- Johanne Pilippe.** *Asistente de políticas Housing Europe.*
- Alice Pittini.** *Directora de investigación Housing Europe.*
- Luis Pomed Sánchez.** *Letrado Jefe de Doctrina Constitucional en el Tribunal Constitucional de España. Profesor titular (en excedencia) de Derecho administrativo.*
- Juli Ponce Solé.** *Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.*
- Sabrina Ragone Prieto.** *Profesora asociada en el Departamento de Ciencias políticas y sociales de la Universidad de Bolonia.*
- José María Raya.** *Catedrático de Economía en Tecnocampus, Universidad Pompeu Fabra.*
- María Goñi Rodríguez de Almeida.** *Profesora de Derecho Civil. Universidad Francisco de Vitoria.*
- María Paula Rodríguez Liévano.** *Doctora en Derecho. Investigadora Universitat Rovira i Virgili.*
- Beatriz Sáenz de Jubera Higuero.** *Profesora Contratada Doctora de Derecho civil, Universidad de la Rioja.*
- José María Salcedo.** *Abogado especialista en Derecho fiscal.*
- Verónica San Julián.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Navarra.*
- Víctor Manuel Sánchez Blázquez.** *Profesor Titular de Derecho financiero y tributario. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*
- Bárbara Sánchez López.** *Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.*
- Camino Sanciñena Asurmendi.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Oviedo.*
- Adela Serra Rodríguez.** *Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.*
- Ana Silvestre Navarro.** *Técnica jurídica de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Máster en planificación territorial, medioambiental y urbana por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia.*
- Héctor Simón Moreno.** *Profesor de Derecho Civil en la Universidad Rovira i Virgili. Director de la Cátedra de la UNESCO de vivienda.*
- Nélida Tur Faundez.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad Islas Baleares.*
- Lucía Urbano Sánchez.** *Profesora de Derecho financiero y tributario. Universidad de Córdoba.*
- Ana María de la Encarnación Valcárcel.** *Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia.*
- Marcos Vaquer Caballería.** *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Carlos III.*
- Carlos Viader Castro.** *Magistrado.*
- Diego de Vigil Quiñones.** *Registrador de la propiedad. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil IEB-UCM.*



ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ACR	Anuario Capital Riesgo
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADcon	Anuario de Derecho Concursal
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
AJD	Actos Jurídicos Documentados
AJEC	Acuerdo de la Junta Electoral Central
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATCu	Auto del Tribunal de Cuentas
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia
BCE	Boletín de las Comunidades Europeas
BME	Bolsas y Mercados Españoles
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BJC	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil, de 24 de julio de 1889
CCAA	Comunidades Autónomas
CCCat	Código civil catalán
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCom	Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio
CD	Congreso de los Diputados
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978
CEDH	Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y Protocolos Adicionales
CEE	Comunidad Económica Europea



TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CMNUCC	Convención Marco, de 9 de mayo de 1992, de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
CPM	Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar
CR	Convenio de Roma
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
D	Decreto
DA	Documentación Administrativa
DCI	Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y Del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n o 1093/2010
DGDEJ	Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
DGT	Dirección General de Tributos
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DSS	Diario de Sesiones del Senado
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948
EAA	Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía
EAAR	Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón
EAAS	Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias
EAC	Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña
EACAN	Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias
EACANT	Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cantabria
EACE	Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta
EACLM	Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha
EACM	Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid
EACV	Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana
EACYL	Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León
EAEX	Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura
EAG	Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía de Galicia
EAIB	Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears



ABREVIATURAS

EAME	Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla
EAMU	Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de Murcia
EAPV	Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco
EAR	Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja
EDAV	Régimen especial de las Entidades Dedicadas al Arrendamiento de Vivienda
EM	Exposición de Motivos
ERD	Entidades de Reducida Dimensión
FDFI	Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión
FII	Fondos de Inversión Inmobiliaria
FJ	Fundamento Jurídico
FN	Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
IIVTNU	Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía municipal)
Indret	InDret. Revista para el Análisis del Derecho
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto de Sociedades
ISyD	Impuesto de Sucesiones y Donaciones
ITPAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuestos sobre el Valor Añadido
IVVCAT	Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías
IVVVAL	Impuesto sobre las Viviendas Vacías de la Comunidad Valenciana
L3R	Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LABE	Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España
LAC	Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas
LAECSP	Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos
LAEI	Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización
LAIE	Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico
LAR	Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos
LARH	Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
LCon	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LC	Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas
LCa	Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras
LCA	Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia
LCAFB	Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias
LCAT	Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias
LCCH	Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque
LCCR	Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito



TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

LCCSNS	Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación
LCI	Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
LCOOP	Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas
LCP	Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LCSP	Ley 8/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
LCVFL	Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras
LDA	Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LDCV	Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco
LDIEC	Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
LDPD	Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos
LDV	Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEF	Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa
LEOMF	Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones
LFCE	Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado
LFFE	Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial
LFN	Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas
LGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LGP-1988	Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria
LGPub	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad
LGSa	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LGSu	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LGT-1963	Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria
LGTEL	Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Hipotecaria



ABREVIATURAS

LHMPSD	Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento
LI	Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria
LIIC	Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio
LIS-1995	Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades
LISD	Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos
LISOS	Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LIT	Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LITP	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 documentados
LIVA	Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido
LIVVCA	Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LJCA-1956	Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LM	Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas
LMAFN	Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores
LMVSI	Ley 6/2003, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión
LN	Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado
LO	Ley Orgánica
LOEs	Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado
LOCJ	Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista
LODE	Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación
LODEPE	Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición
LODN	Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional
LODP	Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo
LOEd	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOFCA	Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público



TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

LOFCS	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOI	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres
LOMCE	Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa
LPDPDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de derechos digitales
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPSC	Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana
LORAFNA	Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
LOSP	Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado
LOSSEC	Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito
LOSSP	Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LOTCU	Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas
LOTJ	Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado
LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPH	Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal
LPHE	Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español
LPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LPN	Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional
LPND	Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad
LR	Ley 10/1998, de 21 de abril, por la que se dictan las Normas Reguladoras de los Residuos
LrBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
LRC	Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social
LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
LSRU	Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana
LS07	Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo
LS90	Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo



ABREVIATURAS

LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSGR	Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca
LSPU	Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSSC	Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
LTH	Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria
Núm./ Núms.	Número/Números
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
OICVM	Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios
OM	Orden Ministerial
Op. cit.	Obra citada
OS	Operaciones Societarias
PEDS:	Pilar Europeo de Derechos Sociales
PDD	PDD Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
PGC	Plan General de Contabilidad
PIB	Producto Interior Bruto
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966
PJ	Poder Judicial
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RArAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RAC	Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio
RAMINP	Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas
RAP	Revista de Administración Pública
RBEL	Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales
RCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCGC	Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación
RCPMHA	Reglamento de las Comisiones Provinciales de Monumentos Históricos y Artísticos
RD	Real Decreto



TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDGP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDGSJFP	Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
RIRPF	Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RDLeY	Real Decreto-Ley
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDMV	Revista de Derecho de Mercado de Valores
RDP	Revista de Derecho Privado
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica.
REC	Revista de Estudios Cooperativos
RECR	Revista Española de Capital Riesgo
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RDIU	Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística
RDU	Revista de Derecho urbanístico
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REE	Revista de Estudios Europeos
REF	Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa
REFRS	Decreto 635/1964, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares
REIT	Real Estate Investment Trust
REPEPOS	Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora
RGR	Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación
RGU	Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística
RIRPF	Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJNot	Revista Jurídica del Notariado



ABREVIATURAS

RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid
RH	Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario
RIVA	Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido
RM	Registro Mercantil
RO	Real Orden
ROF	Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales
ROFRJCL	Decreto de 17 de mayo de 1952, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales
ROTT	Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres
RPDEL	Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales
RPEA	Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo
RPI	Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre Procedimientos de Insolvencia
RPU	Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento Urbanístico
RRC	Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil
RRI	Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (Reglamento Roma I)
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
RRVA	Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de Revisión en Vía Administrativa
RS	Reglamento del Senado, texto refundido de 3 de mayo de 1994
RSAAE	Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCIJ	Sentencia de la Corte Internacional de Justicia
SCLV	Servicio de Compensación y Liquidación de Valores
SCom	Sociedad Comanditaria
SE	Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea)
SII	Sociedades de Inversión Inmobiliaria



TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

SOCIMIS	Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hasta 2009)
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (posterior a 2009)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957
TCEEA, EURATOM	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 25 de marzo de 1957
TCEur	Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TL	Tratado de Lisboa
TPO	Transmisiones Patrimoniales Onerosas
TRLA	Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas
TRLCI	Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario
TRLGDPD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TRLHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
TRLIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
TRLSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
TRLSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TRLS08	RDLeg 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo)
TRLS76	Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana



ABREVIATURAS

TRLS92	Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales vigentes de Régimen Local
TRLSRU	Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana
TS	Tribunal Supremo
TSJB	Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares
TSJCat	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
TSJG	Tribunal Superior de Justicia de Galicia
TSJN	Tribunal Superior de Justicia de Navarra
TUE	Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, reformado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997
VPO	Viviendas de protección oficial
VUT	Viviendas de uso turístico



Sección 5

Vivienda como problema en situaciones de crisis económica y familiar

X

PATOLOGÍAS JURÍDICAS DE LA VIVIENDA

A. Usos anómalos

Cristina Argelich Comelles

Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

cristina.argelich@uam.es

Resumen: *El presente capítulo versa sobre los usos anómalos de la vivienda. En este sentido, se prestará especial atención a la infravivienda, a los efectos de categorizar las diversas modalidades de usos anómalos de la vivienda, a la luz del Derecho español y el Derecho comparado europeo. Estas modalidades se concretan en la sobreocupación, la vivienda vacía, el uso como vivienda de espacios no residenciales y el uso de vivienda para usos no residenciales.*

Palabras clave: *Vivienda, vivienda vacía, infravivienda, sobreocupación.*

Abstract: *This chapter deals with the anomalous uses of housing. In this regard, the substandard housing will be the basis of the anomalous uses of housing, in the light of Spanish law and Comparative European law. These forms include over-occupation, empty dwellings, the use of non-residential spaces as housing, and the use of housing for non-residential purposes.*

Keywords: *Housing, empty dwellings, substandard housing, over-occupation.*



Sumario: 1. Usos anómalos de la vivienda: especial referencia a la infravivienda, el sinhogarismo y la exclusión residencial. 2. Modalidades de usos anómalos de la vivienda. 2.1 Sobreocupación. 2.2 Vivienda vacía. 2.3 Uso como vivienda de espacios no residenciales. 2.4 Uso de vivienda para usos no residenciales. 3. Reflexiones finales en materia de armonización conceptual de los usos anómalos de la vivienda. Bibliografía.

1. USOS ANÓMALOS DE LA VIVIENDA: ESPECIAL REFERENCIA A LA INFRAVIVIENDA, EL SINHOGARISMO Y LA EXCLUSIÓN RESIDENCIAL⁽¹⁾

En este capítulo, examinaremos las patologías jurídicas de la vivienda, concretadas en diversos usos anómalos, prestando una especial atención a la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda⁽²⁾, en adelante LDV, en relación con el Derecho comparado europeo y la legislación autonómica. Con carácter previo a la caracterización de las diversas modalidades de usos anómalos de la vivienda, es necesario configurar un concepto de vivienda, incardinando en el mismo algunos usos anómalos que, directa o indirectamente por omisión, el legislador permite.

En este sentido, el artículo 3 LDV contiene las definiciones en materia de vivienda relativas a esta norma, unos conceptos incompletos y que, en atención al Derecho comparado y la legislación autonómica, resultan en su mayor parte obsoletos. Si bien el precepto distingue entre los conceptos de «vivienda»⁽³⁾ y «residencia habitual», no ofrece una definición de «vivienda habitual» ni de «vivienda vacía». Por su reiteración en esta y otras normas de carácter civil y fiscal, deberían plantearse unas definiciones al respecto, pues es clave para heterointegrar el ámbito material de aplicación de la protección legal de la residencia habitual y de las medidas para las viviendas vacías. Respecto de la ausencia de una definición de «vivienda vacía o deshabitada», deberá heterointegrarse el concepto con las leyes autonómicas de vivienda⁽⁴⁾, que vinculan

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma», PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación.

(2) *BOE* de 26 de mayo de 2023. ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 1-454.

(3) A fondo sobre este concepto y la distinción de figuras afines, véase SIBINA TOMÁS, 2008, pp. 463-492.

(4) Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, de Andalucía, *BOE* de 2 de noviembre de 2013; Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, *BOE* de 27 de julio de 2013;

esta consideración de «vacía» con el tiempo de deshabitación, fijado en seis meses en el transcurso de un año en Andalucía, Navarra y Canarias, y de dos años en Cataluña, País Vasco, Comunidad Valenciana, Extremadura y Baleares.

El legislador define el concepto de «vivienda» como el edificio o una parte de este que tenga carácter privativo y cuyo destino sea la residencia y habitación de personas, que cumpla las condiciones mínimas de habitabilidad legalmente exigidas, y que pueda disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio, conforme a la legislación aplicable y a la ordenación urbanística y territorial. Este es un concepto claramente obsoleto en su literalidad, por la ausencia de nociones básicas del Derecho comparado europeo y, además, parte del paradigma de las viviendas en régimen de propiedad horizontal –mayoritario en España– o de propiedad horizontal por parcelas cuando refiere el acceso a espacios y servicios comunes. La Tabla *ETHOS – European Typology on Homelessness and Housing Exclusion*⁽⁵⁾, relativa a las formas de sinhogarismo existentes en Europa, determina diversas situaciones de falta de destino habitacional de la vivienda, a saber: las «personas sin techo», entendidas como quienes duermen a la intemperie; la «falta de vivienda», pero con un lugar para dormir temporalmente en instituciones o albergues; las «viviendas inseguras», por exclusión social severa, lanzamiento o violencia doméstica; y las «viviendas inadecuadas», entendidas como instalaciones no fijas y el hacinamiento en viviendas o sobreocupación, por vulneración del derecho a la intimidad.

Algunos autores, fruto de un proceso de síntesis y actualización, han definido la «vivienda» en los siguientes términos: «edificación fija que cumple unos requisitos de habitabilidad, es un activo económico y patrimonial, constituye el domicilio de las personas que viven en ella (tanto desde un punto de vista jurídico público como privado), es la vivienda conyugal o familiar y, en definitiva, donde se forma un hogar⁽⁶⁾». El carácter fijo de la edificación es un elemento clave para su calificación a nivel europeo, pues el legislador estatal olvida que lo contrario es una infravivienda, así como su consideración de activo económico y patrimonial, junto con la inclusión del domicilio como residencia habitual y vivienda

Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda, *BOE* de 1 de julio de 2014; Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, del País Vasco, *BOE* de 13 de julio de 2015; Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, *BOE* de 22 de noviembre de 2004; y Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, *BOE* de 15 de mayo de 2019.

(5) FEANTSA, 2005. NASARRE AZNAR, 2020, pp. 1-656.

(6) CABALLÉ FABRA, 2021, pp. 175-237. Sobre la regulación en materia de vivienda familiar, atiéndase CUENA CASAS, 2011, pp. 275-442.

familiar, por ser el entorno en el que se desarrolla el derecho a la intimidad personal y familiar *ex* artículo 18 CE.

Todos los elementos que el legislador estatal elude permiten excluir del concepto de «vivienda» y del de «vivienda familiar» aquellos habitáculos móviles que no pueden ser calificados como vivienda por incumplir las condiciones de habitabilidad, referidas en este caso a la ausencia de estabilidad de la edificación, esto es, las *mobile home*, por su carácter removable, y habitáculos móviles como las autocaravanas y caravanas, entre otros. Igualmente, quedan excluidos aquellos que no reúnan las condiciones de habitabilidad, una exclusión que contempla la definición estatal, y los que no sean un activo económico, es decir, cuando se produzca la destrucción o pérdida de la vivienda, una consideración que el legislador ha obviado. Finalmente, en la definición a la luz del Derecho comparado europeo, se vinculan los conceptos de «domicilio» y «hogar», por su desarrollo de la intimidad personal y familiar. En contraste, el legislador estatal utiliza incorrectamente el término «hogar» en toda la norma, pues debería referirse a «unidad familiar» como concepto estándar en materia de subvenciones.

Complementariamente, indicamos que en las leyes de vivienda de Andalucía, Navarra y Canarias se dispone que por vivienda debe entenderse «toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación» o que pueda solicitarlas y que esté prevista para el uso habitacional⁽⁷⁾; estos legisladores obvian también los elementos indicados. Este concepto difiere del establecido en el artículo 3 a) de la Ley 18/2007, de Cataluña⁽⁸⁾, que la define como «toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y servicios comunes del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente ley y la normativa que la desarrolle y cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación». Resulta llamativo que el legislador estatal no precise en

(7) Véanse el artículo 5 de la Ley 4/2013, de Andalucía, que modifica el artículo 25.1 de la Ley 1/2010, el apartado primero del artículo 1 de la Ley Foral 24/2013, de Navarra, que reforma el artículo 42 bis de la Ley Foral 10/2010, y el artículo 26 de la Ley 2/2014, de Canarias, que actualiza el artículo 81.1 de la Ley 2/2003.

(8) Este concepto también se contiene en el artículo 5.a) de la Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012, *BOE* de 9 de septiembre de 2015. MENÉNDEZ MORENO, 2015, p. 13, considera sobre esta definición que tiene «expresiones propias de una literatura hondamente social y, como es frecuente en ella, literariamente pobre (“cumplimiento y cumple” o “necesarios y necesidades”, se utilizan reiterada, tautológica y cacofónicamente)».

esta definición, ni en el resto del articulado, el alcance material del derecho a la vivienda como derecho de desarrollo legal, precisamente en la norma que debería dotarle de contenido. Igualmente, tampoco define el concepto de «vivienda habitual» al que parece dirigirse la norma, y no a otro tipo de viviendas.

El legislador estatal establece el concepto de «infravivienda» como la edificación, o una parte, que siendo destinada a vivienda no reúna las «condiciones mínimas exigidas de conformidad con la legislación aplicable», un requisito de habitabilidad que también encontramos en la legislación autonómica. Refiere, a continuación, las viviendas que, en todo caso, tendrán la consideración de infravivienda⁽⁹⁾: las que incumplan los requisitos de superficie, número, dimensión y características de las piezas habitables; las que presenten deficiencias graves en sus dotaciones e instalaciones básicas; y las que no cumplan los requisitos mínimos de seguridad, accesibilidad universal y habitabilidad exigibles a la edificación.

2. MODALIDADES DE USOS ANÓMALOS DE LA VIVIENDA

Una vez detallado el concepto de vivienda y sus requisitos, examinaremos seguidamente las modalidades de usos anómalos. Estas se refieren a la sobreocupación, la vivienda vacía, el uso como vivienda de espacios no residenciales, así como el uso de vivienda para usos no residenciales.

2.1 Sobreocupación

Por lo que respecta a la sobreocupación, encontramos dos previsiones explícitas por parte del legislador estatal. Por una parte, el artículo 11.3 LDV determina el deber de evitar la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos. En este caso, indicamos como principales desajustes materiales relativos al cumplimiento de este deber, y de los que se deriva la denegación de la cédula de habitabilidad en aquellos territorios donde es exigible, los siguientes: la sobreocupación de viviendas respecto de su capacidad total, lo que supone el

(9) A fondo sobre este concepto y la distinción de figuras afines, véase SIBINA TOMÁS, 2008, pp. 463-492.

incumplimiento de las condiciones de habitabilidad, siendo ejemplos paradigmáticos infraviviendas como las «casas colmena» o las ya deshabitadas «corralas»; y el negocio jurídico en fraude de ley que entraña la aplicación de las disposiciones de arrendamiento para uso distinto de vivienda de la LAU o el arrendamiento por temporada a un arrendamiento de una vivienda habitual, frecuente en ciudades con alta demanda residencial en arrendamiento y escasa oferta⁽¹⁰⁾.

Por otra parte, el artículo 2.1 apartado 14 LDV prevé la adopción de medidas para identificar y prevenir la retención especulativa, la segregación residencial, los procesos de sobreocupación y la degradación de las condiciones del parque de vivienda existente y de su entorno. Mediante estas medidas, se pretende garantizar el desarrollo de su función residencial y la mejora de la calidad de vida. De conformidad con el fin relativo al principio de igualdad y no discriminación, se garantiza la igualdad, desde la perspectiva de género, edad y capacidad, en todas las políticas y acciones en materia de vivienda, a todos los niveles, y en todas sus fases de planificación, ejecución y evaluación. Finalmente, se establece un control y garantía del uso responsable de recursos públicos suficientes, para cumplir los objetivos de la política de vivienda y aplicar, en la gestión del parque público, criterios de corresponsabilidad de sus ocupantes. Ello alude a los desperfectos ocasionados por los ocupantes de viviendas públicas, que puedan hacer inhabitable la vivienda o, al menos, comprometer sus condiciones de habitabilidad.

2.2 Vivienda vacía

El legislador estatal, a pesar de que no dispone en el artículo 3 LDV, correspondiente a las definiciones, un concepto de vivienda vacía, sí se refiere a ella en el artículo 34, un concepto que compararemos con el contenido en la legislación autonómica y el Derecho comparado europeo en materia de viviendas vacías. Así, dispone la caracterización del parque de vivienda y el concepto de «vivienda deshabitada o vacía», un concepto que no viene previsto en el artículo 3 LDV, como una adecuada ubicación sistemática de la norma exige. Debemos referirnos al hecho de que, hasta la aprobación de esta norma, no existía ninguna regulación estatal que definiese el concepto de vivienda, ni los criterios para considerarla deshabitada, unas circunstancias referidas a tiempo de deshabitación y las circunstancias en las que se encuentre, de conformidad con la normativa autonómica.

(10) EL PAÍS, 2022. FUENTES-LOJO RIUS, 2022.

En el primer apartado del precepto, el legislador estatal impone el deber de información sobre el uso y destino del parque de vivienda a las Administraciones territoriales competentes. Especifica que esta información deberá indicar, en términos agregados, el número de viviendas o de inmuebles de uso residencial que estén «habitados por hogares» –debería expresar solamente que estén «habitados», por lo absurdo de esta locución y la imprecisión del término «hogares» en toda la norma– y que constituyan su «residencia principal» –cuando debería referir «residencia habitual»–, junto con los identificados como deshabitados o vacíos dentro de su ámbito territorial. En el caso de las viviendas deshabitadas, se incluirá de forma agregada el número de inmuebles a los que se aplique el recargo fiscal, dispuesto en el artículo 72 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales⁽¹¹⁾. El segundo apartado del precepto establece que se tendrán que publicar estos datos a través de la sede electrónica de la Administración correspondiente, con carácter anual, especificando las medidas y acciones orientadas a la optimización del uso del parque de vivienda.

Por lo que aquí respecta, resulta necesario realizar algunas consideraciones complementarias respecto de la normativa estatal y autonómica sobre viviendas deshabitadas. El artículo 2.1 LAU precisa que el arrendamiento de vivienda recae sobre una edificación habitable, cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad de vivienda del arrendatario⁽¹²⁾. La finca urbana tiene que referirse a una edificación habitable, es decir, debe tratarse de una estructura arquitectónica permanentemente unida al suelo, según exige el artículo 334.1 CC. En consecuencia, podemos definir la vivienda deshabitada como aquella que, además de reunir los requisitos para que la edificación sea calificada de vivienda, esté deshabitada sin causa justificada –en el caso de la Ley 18/2007, de Cataluña, y de la Ley 3/2015 del País Vasco– o sin incurrir en una exclusión normativa en el

(11) BOE de 9 de marzo de 2004.

(12) PARRA LUCÁN, 2014, p. 37, complementa esta definición de vivienda, que se encuentra en la legislación de expropiación temporal del uso de viviendas, con la LAU: «[e]xiste un concepto legal de arrendamiento de vivienda, conforme al cual es “aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario” (art. 2.1 LAU) o, también, aunque no viva en ella el arrendatario, de “su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes” (art. 7.1 LAU)». PARRA LUCÁN, 2014, p. 53, detallan sobre el *destino primordial* que es posible que en la finca se desarrollen actividades distintas de la vivienda y que el contrato quede igualmente incluido en el ámbito de aplicación de la LAU. Atiéndanse la SAP Madrid de 9 de marzo de 2004, JUR 2004\249301, que explica que pese a ejercer una actividad artesanal de carpintería, no perdía la condición de arrendamiento de vivienda, y la STS de 16 de octubre de 2009, RJ 2009\5581, que precisa que la designación de domicilio social de una vivienda arrendada para su uso habitacional no impide la calificación de arrendamiento de vivienda.

resto de la normativa autonómica, durante un determinado plazo. Estas exclusiones se refieren al artículo 5 LAU sobre las viviendas de uso profesional, de uso militar o de aprovechamiento agrícola, las viviendas universitarias y las viviendas turísticas, así como a las contenidas en la legislación autonómica, que comprenden las viviendas de uso turístico, las viviendas destinadas a segunda residencia, y las viviendas arrendadas por temporada⁽¹³⁾.

Respecto de la legislación autonómica que dispone medidas para las viviendas deshabitadas⁽¹⁴⁾, el artículo 3 d) de la Ley 18/2007, de Cataluña, exige para dicha consideración que lo esté de forma permanente e injustificada durante más de dos años⁽¹⁵⁾. A pesar de que la normativa no establece unas exclusiones, por el propio concepto de vivienda vacía, deben considerarse excluidos los inmuebles denominados «vivienda secundaria», que según el artículo 3 c) son los que constituyan la segunda residencia del propietario –y que, por tanto, están deshabitados de forma interrumpida pero no permanente–, así como las llamadas «viviendas de actividad económica», que según el artículo 3 l) se refiere a las utilizadas para la obtención de rendimientos económicos.

Ante la existencia de una vivienda vacía, conforme a estos requisitos, la Administración puede declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad e incluirla en el censo de viviendas deshabitadas, elaborado para cada área de demanda residencial fuerte y acreditada, de conformidad con el artículo 12.6. La inscripción de la vivienda en este censo marca el *dies a quo* del plazo de dos años en el que el propietario debe destinar la vivienda al uso habitacional, por el medio que estime oportuno; esta referencia debe entenderse hecha a la DA 1 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, que crea el Registro de viviendas vacías y de viviendas ocupadas sin título habilitante. Por otra parte, en el País Vasco, el artículo 56 de la Ley 3/2015 dispone que se considerará una vivienda como deshabitada cuando lo esté de forma continuada durante dos años, igual que el artículo 15 de la Ley 2/2017, de la Comunidad Valenciana. En Andalucía, Navarra, Canarias y Extremadura presumen que la vivienda no se habita cuando, pese a contar con las autorizaciones administrativas para su efectiva ocupación, no se destine al uso residencial durante más de seis meses consecutivos en el curso de un

(13) Sobre la legislación autonómica, nos remitimos a ARGELICH COMELLES, 2017, pp. 108-110.

(14) VINUESA, DE LA RIVA, PALACIOS, 2008, p. 23, explican que la *vivienda vacía* es «la vivienda que queda desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años». ESCAJEDO; GARRIDO, y GORROTXATEGUI, 2011, p. 9, sobre la deshabitación precisan que «no se consideran vacías, a efectos de intervención pública, aquellas viviendas cuya vacancia es transaccional; es decir, cuando se debe a un cambio en el régimen de ocupación».

(15) El plazo previsto en Andalucía, Navarra y Canarias para presumir que una vivienda se encuentra deshabitada es de como mínimo seis meses en el curso de un año.



año⁽¹⁶⁾, siendo el *dies a quo* el último día de efectiva habitación. Como reflexión, habría sido oportuno que estas normas hubiesen incorporado un catálogo de justas causas de deshabitación, pues pueden existir circunstancias, como las descritas en el artículo 3 de la Ley 18/2007 de Cataluña y en el artículo 56.2 de la Ley 3/2015, del País Vasco, que justifiquen la deshabitación de una vivienda. Cabe aludir que se prevén unos indicios de deshabitación en prácticamente todas las normas⁽¹⁷⁾, salvo la catalana, la vasca y la extremeña. Estos indicios facilitan la prueba de la deshabitación de la vivienda, y por este motivo resulta de utilidad su previsión.

En cuanto al tipo de deshabitación del inmueble, según el artículo 5.2 b) de la Ley 18/2007, de Cataluña, debe ser de forma permanente e injustificada, porque constituye uno de los supuestos de incumplimiento de la función social del derecho de propiedad⁽¹⁸⁾. La exigencia de la permanencia en la deshabitación implica que se produzca de manera ininterrumpida. Este elemento permite excluir a las segundas residencias que se habiten de forma interrumpida, puesto que no permanecen permanentemente deshabitadas. Asimismo, la deshabitación debe ser injustificada, por su concurrencia en las justas causas que la pueden amparar. La deshabitación permanente presenta el mismo problema de aplicabilidad que el arrendamiento forzoso de viviendas desocupadas de las Leyes de arrendamientos urbanos de 1946, 1956 y 1964: puede evitarse su calificación en el caso de que se pueda probar que se ha habitado en la vivienda, aunque no se haya producido materialmente.

En el ámbito de la legislación comparada, la sección 133 (2) de la *Housing Act 2004*, del Reino Unido, considera una vivienda como deshabitada, a los efectos de dictar una IMO –orden provisional de gestión de viviendas vacías–, cuando ninguna parte de la vivienda está ocupada o cuando el *relevant proprietor* no pertenezca al sector público⁽¹⁹⁾. Esta

(16) Véanse el artículo 5 de la Ley 4/2013, de Andalucía, que modifica el artículo 25.2 de la Ley 1/2010, el artículo 1 de la Ley Foral 24/2013, de Navarra, que reforma el artículo 42 bis de la Ley Foral 10/2010, el artículo 11 de la Ley 2/2014, de Canarias, que actualiza el artículo 34.3 de la Ley 2/2003, y el artículo 2 de la Ley 11/2019, de Extremadura.

(17) Véanse el artículo 5 de la Ley 4/2013, de Andalucía, que modifica el artículo 26 de la Ley 1/2010, el artículo 1 de la Ley Foral 24/2013, de Navarra, que actualiza el artículo 42 ter 1 de la Ley Foral 10/2010, de Navarra, el artículo 26 de la Ley 2/2014, de Canarias, que reforma el artículo 82 de la Ley 2/2003, y el artículo 15 de la Ley 8/2004, de la Comunidad Valenciana.

(18) Los otros supuestos de incumplimiento de la función social del derecho de propiedad son: cuando el incumplimiento de los deberes del propietario en cuanto a la conservación y rehabilitación supongan un riesgo para la seguridad de las personas y se les hayan garantizado, si demuestran su necesidad, las ayudas públicas suficientes para hacer frente al coste de la conservación o rehabilitación de la vivienda; la sobreocupación de la vivienda; y en caso de ser una vivienda de protección oficial, que no se destine a la residencia habitual y permanente de los propietarios.

(19) La sección 132 (4) (c) de la *Housing Act 2004* define al *relevant proprietor* como el arrendatario de vivienda que lo haya sido como mínimo siete años o en su defecto el titular dominical.

consideración se debe a que existen formas de ocupación parcial de las viviendas, como el arrendamiento de habitaciones en una vivienda o el *home sharing* mediante las plataformas de alojamiento colaborativo. Establece la imposibilidad de dictar una IMO si la vivienda está ocupada, bien sea legal o ilegalmente, es decir, prescindiendo del consentimiento del propietario. La sección 134 (2) (a) califica como deshabitada la vivienda que lo haya estado, conforme a los criterios para apreciar la deshabitación, durante al menos seis meses. Por su parte, el artículo R641-3 del *Code de la construction et de l'habitation*, de Francia, dispone que se considerará deshabitada la vivienda que lo haya estado durante seis meses –al igual que establecen las normas andaluza, navarra, canaria, extremeña y la *Housing Act 2004*– o cuando la vivienda no constituya la residencia habitual del poseedor.

En Bélgica, existen dos regulaciones diferentes, aunque coincidentes en el plazo, para apreciar la deshabitación⁽²⁰⁾, y así derivar la gestión pública del inmueble; sin embargo, en Flandes no se establece un plazo para apreciar la deshabitación. En Valonia, el artículo 80 del *Code wallon du Logement* considera que una vivienda está deshabitada cuando permanezca en esta situación durante doce meses y se haya declarado inhabitable, cuando carezca del mobiliario necesario para el uso habitacional, cuando tenga un consumo de electricidad y agua inferior al consumo mínimo fijado por el Gobierno no justificado, y cuando no esté censada ninguna persona, excepto que el titular de un derecho real justifique que se ha usado como vivienda o que la falta de uso sea involuntaria. La vivienda que se encuentra en obras de conservación no se considera deshabitada. Por su parte, en Bruselas, el artículo 15.1 del *Code bruxellois du Logement* presume que una vivienda se encuentra deshabitada cuando lo esté durante doce meses. En este sentido, el artículo 15.2 del *Code bruxellois du Logement* establece que una vivienda se presumirá como deshabitada cuando nadie esté censado como residente principal, cuando los propietarios hayan solicitado una reducción de los impuestos por tratarse de una vivienda improductiva, cuando la vivienda no tenga el mobiliario necesario para su uso habitacional, y cuando la vivienda tenga un consumo de agua o electricidad registrado inferior al consumo mínimo legal. No se presume como deshabitada la vivienda en la que está censada una persona propietaria, así como quien sea titular de un derecho real sobre esta.

Esto se debe al denominado *leaseholder*, es decir, que el arrendatario durante el tiempo del contrato tiene un derecho de propiedad por tiempo limitado sobre la vivienda, un derecho que puede enajenar o gravar, por ejemplo, mediante la constitución de una hipoteca. SIMÓN MORENO, 2015, pp. 126-127.

(20) KORTHALS ALTES, 2015, p. 219, explica que en Flandes se puede imponer una obligación social a los terratenientes, consistente en proporcionar vivienda social y que contraviene el derecho de la Unión Europea. WINTERS, 2013, pp. 90-99.

2.3 Uso como vivienda de espacios no residenciales

Por lo que respecta al uso como vivienda de espacios no residenciales, se refiere al uso habitacional de aquellos inmuebles que no reúnen las condiciones de habitabilidad y que, como analizaremos, son calificables de infravivienda. El legislador establece en la Exposición de Motivos de la Ley 12/2023 inicia su Considerando Primero recordando que el artículo 47 CE reconoce el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, como principio rector de la política social y económica. La actividad de los poderes públicos en esta materia proviene del deber de promover las condiciones necesarias que garanticen la igualdad en su ejercicio, de conformidad con los artículos 9.2 y 149.1.1.^a CE. El legislador conecta el derecho a la vivienda, del que por su ubicación sistemática no cabe inferir su carácter de derecho fundamental, con otros que tienen esta condición, como el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE, a la intimidad personal y familiar del artículo 18, a la protección de la salud del artículo 43, y a un medio ambiente adecuado del artículo 45. En este último caso, no alcanzamos a ver una relación directa con este último derecho, pues únicamente incidiría en el derecho a la vivienda el mantenimiento de las condiciones de habitabilidad, ya relacionado directamente con la protección de la salud. Consideramos oportuno apuntar aquí que, mientras que la legislación de arrendamientos urbanos exige en el artículo 26 las condiciones de habitabilidad para arrendar una vivienda⁽²¹⁾, la cédula de habitabilidad, cuya competencia regulatoria es de las Comunidades Autónomas, no existe en todas ellas, e incluso en algunas, tras haberla exigido, se ha derogado su existencia.

El Preámbulo recuerda que el derecho a la vivienda viene dispuesto en diversas declaraciones internacionales, como el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas; en concreto, este compromiso internacional sostiene que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure el acceso a la vivienda, lo que alude a su asequibilidad. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, hecho en Nueva York y ratificado en 1977 por España⁽²²⁾, reconoce en el artículo 11.1 el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado incluyendo, entre otros, una vivienda igualmente adecuada; en este caso, el concepto de vivienda adecuada alude tanto a la asequibilidad, anteriormente mencionada, como a las condiciones de habitabilidad.

(21) Nos remitimos a RAMÓN FERNÁNDEZ, 2023, pp. 219-268 y MARTENS JIMÉNEZ, 2023, pp. 506-557.

(22) Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *BOE* de 30 de abril de 1977.

Hechas estas consideraciones acerca del derecho a la vivienda, el artículo 2.2 LDV dispone el aseguramiento del uso y disfrute efectivo de la vivienda, en virtud de lo que denomina «régimen legal de tenencia», referido a la regulación del régimen de tenencia correspondiente y que comprende el mantenimiento, conservación, rehabilitación y mejora de las viviendas. Debemos precisar aquí que las medidas de fomento del legislador estatal permiten acometer estas acciones mediante ayudas y subvenciones públicas. El legislador estatal dispone como otro fin, en relación con el precedente, el aseguramiento de la habitabilidad de las viviendas. Por habitabilidad, entiende el «conjunto de los requisitos mínimos de calidad, funcionalidad y accesibilidad universal que deben cumplir las mismas para garantizar la dignidad y la salud de las personas, para satisfacer sus necesidades de habitación en las diferentes etapas de su vida, y como base para el efectivo ejercicio de derechos y libertades».

Las condiciones de habitabilidad tienen reconocida la certificación administrativa de su cumplimiento en la cédula de habitabilidad⁽²³⁾, regulada en el Decreto 469/1972, de 24 de febrero, sobre simplificación de trámites para expedición de la Cédula de Habitabilidad⁽²⁴⁾. En esta materia, sin embargo, nos encontramos con una contrariedad: por una parte, diversas Comunidades Autónomas no exigen la cédula de habitabilidad para arrendar una vivienda⁽²⁵⁾, mientras que, por otra parte, el artículo 26 LAU exige el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad⁽²⁶⁾. Lo que las normas de carácter administrativo no pueden garantizar por vía de la cédula de habitabilidad, tanto para la obtención de la licencia de primera ocupación como para el arrendamiento de una vivienda, difícilmente se podrá lograr materialmente con esta disposición, pues carece de coercibilidad frente a su incumplimiento.

Por su parte, el artículo 2.7 LDV establece la rehabilitación y mejora de las viviendas existentes, tanto en el parque privado como en los públicos; entendemos que se refiere tanto a las viviendas protegidas como a las viviendas de mercado libre, incluyendo las de promoción privada y las que han sido descalificadas. La consecución de este fin pasa por la aplicación de programas y medidas en materia de sostenibilidad, eficiencia

(23) LONGO MARTÍNEZ, 2013, pp. 74-81. MIR ALTAMIRAS, 2013, pp. 48-57. GÓMEZ OVIEDO, 2009, pp. 1455-1466.

(24) BOE de 6 de marzo de 1972.

(25) Por ejemplo, en Andalucía no se exige la cédula de habitabilidad en virtud del Decreto 283/1987, de 25 de noviembre, por el que se suprimen la cédula de habitabilidad y el informe preceptivo sobre condiciones higiénicas previo a las licencias municipales de obra, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 28 de diciembre de 1987, ni tampoco en el País Vasco, porque se eliminó su exigencia mediante el Decreto 189/1997, de 29 de julio, por el que se suprime la cédula de habitabilidad, publicado en el Boletín Oficial del País Vasco de 14 de agosto de 1997.

(26) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2014, pp. 632-652.

energética y utilización de energías renovables, habitabilidad, accesibilidad, conservación, mejora de la seguridad de utilización y digitalización, favoreciendo enfoques integrales. En suma, la consecución de este fin requiere de las condiciones de habitabilidad, junto con las medidas de fomento del acceso a la vivienda de los Planes Estatales, a las que se deberían añadir incentivos fiscales para la rehabilitación⁽²⁷⁾. El artículo 2.16 LDV establece un control y garantía del uso responsable de recursos públicos suficientes, para cumplir los objetivos de la política de vivienda y aplicar, en la gestión del parque público, criterios de corresponsabilidad de sus ocupantes. Ello alude a los desperfectos ocasionados por los ocupantes de viviendas públicas, que puedan hacer inhabitable la vivienda o, al menos, comprometer sus condiciones de habitabilidad.

Finalmente, en el artículo 3 LDV, relativo a la definición de infravivienda, el legislador contrapone el concepto de «vivienda digna y adecuada», cuya locución se repite a lo largo de la norma y del Preámbulo. Consideramos que podría incorporarse a la definición de vivienda porque, la que no sea digna y adecuada, no puede calificarse de vivienda. Por esta, entiende la vivienda que «responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles». Ello obedece a diversos parámetros: su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad, eficiencia energética y utilización de energías renovables, junto con el acceso a las redes de suministros básicos. Por ende, esta vivienda constituye el «domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales». En consecuencia, cualquier uso como vivienda de espacios no residenciales será calificable de infravivienda.

Complementariamente y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁽²⁸⁾, del concepto constitucional de «domicilio» cabe extraer la protección de la inviolabilidad domiciliaria, y no admite interpretaciones reduccionistas, como las que lo equiparan al concepto jurídico-penal de «morada». En consecuencia, solo cabe interpretar que el legislador refiere la expresión «domicilio, morada u hogar» para excluir a la infravivienda, aunque la asimilación de estos tres términos resulta incorrecta desde el Derecho civil. Por otra parte, la definición que aporta de «vivienda digna y adecuada» no tiene equivalente a nivel internacional y debería heterointegrarse, además, con los estándares internacionales relativos a la «vivienda sostenible», contenidos en la Observación General cuarta del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, relativo al desarrollo del artículo 11

(27) MATA SIERRA, 2016, pp. 537-600.

(28) Por todas, véase la STC 10/2002 de 16 de enero, RTC 2002\10.



párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁽²⁹⁾, a saber: seguridad en la tenencia, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, servicios e instalaciones, materiales e infraestructuras, ubicación y adecuación cultural.

2.4 Uso de vivienda para usos no residenciales

En cuanto al uso no habitacional de la vivienda, las viviendas libres o no sujetas a protección pública, en atención a la facultad de libre aprovechamiento del derecho de propiedad, pueden tener un destino no habitacional, como el de oficina o despacho profesional, a diferencia de las viviendas protegidas. Diversos factores referidos seguidamente han contribuido al uso de vivienda para usos no residenciales. En primer lugar, la dispersión normativa que se ha producido por parte de la regulación autonómica, sin estudios previos que justifiquen la conveniencia de las medidas implementadas, lo que se ha calificado de «quince años sin solución para la vivienda»⁽³⁰⁾. En segundo lugar, los deberes constitucionales en materia de vivienda, atribuidos al Estado, no deben trasladarse al ciudadano, como sucede en el artículo 9 CE y en las Disposiciones finales de la Ley 12/2023. En este punto, precisamos que no encontramos los llamados «deberes constitucionales relacionados con la vivienda», dispuestos en la Ley 12/2023, ni en el elenco normativo estatal ni en el autonómico. Finalmente, el deber de destino al uso habitacional de la vivienda no forma parte del contenido esencial de este derecho, pues se trata de un objetivo perseguido por el poder público según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁽³¹⁾. Debemos recordar que el deber de mantener habitada una vivienda solo existe para las viviendas protegidas, que la competencia exclusiva en materia de vivienda es autonómica, *ex* artículo 148.1.3.^a CE, y que el artículo 47 no configura el derecho a la vivienda ni como derecho fundamental, ni como derecho subjetivo frente a la Administración, cuya tutela pueda ejercerse ante los tribunales.

(29) Vigente en España por el Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE de 30 de abril de 1977.

(30) NASARRE AZNAR, 2020, pp. 1-656. GARCÍA TERUEL, NASARRE AZNAR, 2022, p. 187: «fundamentar políticas en datos objetivos o en estudios de cuantificación o conveniencia no es probablemente deseado por los sucesivos gobernantes padres (y madres) de la patria, porque a menudo no coinciden con sus objetivos e intereses políticos, los de sus lobbies afines o los de sus votantes, lo que pone en riesgo su propia supervivencia y perpetuación en la cosa pública».

(31) Así se contiene en los dos pronunciamientos de 4 de octubre de 2018: SSTC de 4 de octubre de 2018, RTC 2018\16 y RTC 2018\32.

Los sucesivos Planes Estatales de Vivienda⁽³²⁾, siendo el último vigente el de 2022-2025, comprenden diversos programas de ayudas a la vivienda, esto es, contienen medidas de fomento del acceso a la vivienda que, además, los legisladores autonómicos también prevén en sus respectivas leyes de vivienda. Los Planes Estatales de Vivienda y, tangencialmente, la legislación en materia de suelo, han constituido la política pública de vivienda estatal, a la espera de los efectos de la aplicación de la Ley 12/2023. En el fracaso de las medidas de fomento estatales es donde se encuentra el origen el problema del acceso a la vivienda: para impulsar cualquier medida, es necesario que se hayan agotado las vías de fomento –dirigidas a los propietarios– para que se habiten las viviendas⁽³³⁾, y que a pesar de su ofrecimiento no se hayan habitado. Su fundamento es el deber de destino al uso habitacional de las viviendas de mercado libre, a diferencia del deber de habitar las viviendas, predicable respecto de las viviendas protegidas. Este agotamiento de las medidas de fomento, que se contiene tanto en la normativa estatal como en la autonómica, es el supuesto de hecho habilitador de la intervención administrativa en materia de vivienda.

Respecto del uso habitacional de las viviendas, el artículo 1 LDV da contenido a la función social del derecho de propiedad aplicado a la vivienda⁽³⁴⁾ –aunque literalmente se refiera a la inexistente «función social de la vivienda»–, e incluye el «deber de destinar la vivienda al uso habitacional». A estos efectos, vincula las «condiciones básicas» del ejercicio de las facultades dominicales a la satisfacción de las necesidades habitacionales⁽³⁵⁾. Ello implica una notable diferencia entre el derecho de propiedad de cualquier inmueble y el derecho de propiedad sobre la vivienda⁽³⁶⁾, y, por ende, apareja a su incumplimiento diversas consecuencias civiles y administrativas, como la nulidad contractual por incumplimiento del destino habitacional, multas, recargos tributarios y la expropiación. Recordemos que el deber de mantener habitada una vivienda solo es predicable respecto de las viviendas protegidas⁽³⁷⁾. El establecimiento de estas «condiciones básicas» plantea un conflicto directo con el artículo 148.1.3.ª CE, en relación con la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas

(32) En profundidad acerca del reparto competencial en materia de vivienda y la dispersión normativa, atiéndose IGLESIAS GONZÁLEZ, 2013, p. 59.

(33) AMENÓS ÁLAMO, y NIETO MORENO, 2015, explican que la Ley 18/2007, de Cataluña, ha impuesto al propietario la obligación de tener la vivienda ocupada, que se añade a la de mantener las condiciones de seguridad, salubridad y ornato. Precisan que se trata de una *obligación de medios*. PONCE SOLE, 2015, explica que estas medidas de fomento se han desarrollado tanto a nivel estatal, como autonómico y municipal. DÍAZ ROMERO, 2014, pp. 1107-1140.

(34) A fondo, véanse VERDERA SERVER, 2023, pp. 859-998 y SIMÓN MORENO, 2023, pp. 139-177.

(35) ARANDA RODRÍGUEZ, 2024, pp. 1-27.

(36) AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, pp. 2875-2927.

(37) A fondo, nos remitimos a IGLESIAS GONZÁLEZ, 2024, pp. 53-96.

en materia de territorio, urbanismo y vivienda. Por ello, son especialmente relevantes la reserva de suelo para vivienda social del artículo 15 LDV y la declaración de zonas de mercado residencial tensionado del artículo 18 LDV.

El legislador prosigue, en el segundo apartado, indicando que se utilizará la ordenación territorial y urbanística, en concreto, los instrumentos para mantener, conservar y rehabilitar la vivienda –que en el ámbito estatal se refieren a las medidas de fomento del acceso a la vivienda dispuestas en los Planes Estatales de Vivienda–, y atribuye a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en atención a sus competencias. Ello alude a las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de vivienda, así como de los municipios en materia de urbanismo y tributación local; la Administración local tiene un papel fundamental en materia habitacional, por tratarse de la Administración más cercana al ciudadano, que conocerá con exactitud la ubicación de las viviendas deshabitadas y quienes tengan necesidad habitacional⁽³⁸⁾.

Por otra parte, el artículo 11.1 LDV contiene indistintamente deberes y cargas de los ciudadanos respecto de la Administración, cuando una técnica legislativa más depurada habría exigido separarlos: un deber administrativo es una obligación legal impuesta a un ciudadano directamente por una norma jurídica; y una carga administrativa es aquella obligación que un ciudadano debe cumplir respecto de la Administración en el marco de un procedimiento administrativo o a requerimiento de esta. Conforme a la distinción planteada, el primer deber dispuesto en la norma es el «uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas»; el adjetivo «propios» resulta llamativo, y entendemos que se referirá al destino habitacional de las viviendas, a diferencia de cualquier otro inmueble cuyo uso no viene determinado por la ley.

En este sentido, respecto de las viviendas de mercado libre, recordamos que el «deber de destinar la vivienda al uso habitacional», por el propietario o por un tercero, no implica la limitación del uso del inmueble al habitacional, pues ello fue uno de los motivos de la declaración de inconstitucionalidad del «deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional» de la STC 93/2015 de 14 de mayo⁽³⁹⁾. El legislador parece obviar que la vivienda tiene un doble contenido, el de servir al «ejercicio de los derechos fundamentales» y el de constituir un «activo patrimonial»,

(38) VAQUER CABALLERÍA, 2022, pp. 96-117, advierte que los municipios deben participar en las políticas supralocales de vivienda, en atención a su vinculación con las competencias en materia de suelo y urbanismo.

(39) RTC 2015/93. Atiéndase ARGELICH COMELLES, 2017, pp. 268-271.

según la STC 37/2022 de 10 de marzo⁽⁴⁰⁾. Finalmente, el precepto remite a la legislación en materia de vivienda aplicable, y exige la garantía «en todo caso» de la función social de la propiedad.

3. REFLEXIONES FINALES EN MATERIA DE ARMONIZACIÓN CONCEPTUAL DE LOS USOS ANÓMALOS DE LA VIVIENDA

A modo de reflexión final, convendría que el legislador estatal procediese a armonizar las definiciones vinculadas a la vivienda, a los efectos de que todos los conceptos, incluidos los relativos a los usos anómalos de la vivienda –como el de sobreocupación o el de vivienda vacía–, encontrasen su correlación o equivalencia en los estándares europeos y pudiesen tener un tratamiento legal adecuado. Esta observación comprende también a los legisladores autonómicos, respecto de sus legislaciones en materia de vivienda, en atención al pronunciamiento constitucional de la Ley 12/2023⁽⁴¹⁾. Finalmente, de entre los usos anómalos de la vivienda, resultaría oportuno adoptar medidas específicas en materia de sobreocupación y uso como vivienda de espacios no residenciales, por tratarse de situaciones de sinhogarismo conforme a los estándares europeos.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Artículo 26. Habitabilidad de la vivienda», en CRESPO ALLUÉ, F., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*, Valladolid, Lex Nova, 2014.
- AMENÓS ÁLAMO, J., y NIETO MORENO, J. E., «Deu reflexions i alguns dubtes sobre les sancions als bancs que són titulars d'habitatges buits», *Blog Revista Catalana de Dret Públic*, Març, 2015, disponible en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/03/02/deu-reflexions-i-alguns-dubtes-sobre-les-sancions-als-bancs-que-son-titulars-d%E2%80%9999habitatges-buits-joan-amenos-alamo-i-juan-emilio-nieto/>.
- ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Incidencia de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda en el Derecho Civil», en Parejo Alfonso, L. (dir.), *La nueva Ley de vivienda a examen*, Madrid, La Ley, 2024.

(40) RTC 2022\37.

(41) STC 79/2024, de 21 de mayo, RTC 2024\79.

- ARGELICH COMELLES, C., *La expropiación temporal del uso de viviendas*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- *Ley por el derecho a la vivienda*, segunda edición, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.
- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, I., «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 97, 2021.
- CABALLÉ FABRA, G., *La intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tol-sada, M., y Cuena Casas, M. (dirs.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. 3, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2011.
- DÍAZ ROMERO, M. R., «Fomento del arrendamiento urbano en tiempos de crisis económica propuesta de reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Desarrollo de Planes de Vivienda Social», en Díez-Picazo y Ponce de León, L. (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Mi-guel*, Volumen I, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- EL PAÍS, «Alquiler por 11 meses, la pirueta legal para echar al inquilino y subir precios», de 2 de abril de 2022, disponible en: <https://elpais.com/economia/negocios/2022-04-02/alquiler-por-11-meses-la-pirueta-legal-para-echar-al-inquilino-y-subir-precios.html>.
- ESCAJEDO, L.; GARRIDO, P., y GORROTXATEGUI, M., «Políticas de movilización de vivien-da en algunos países de Europa», *Colección Realidad Urbana*, 2, 2011, dis-ponible en: <http://www.ehu.eus/documents/1877918/0/Realidad+Urbana+2.+Vivienda+Vacía+en+Europa>.
- FEANTSA, *ETHOS - European Typology on Homelessness and Housing Ex-clusion*, 2005, disponible en: <https://www.feantsa.org/en/toolkit/2005/04/01/ethos-typology-on-homelessness-and-housing-exclusion>.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «Los alquileres de media estancia: una bomba de relojería», *Expansión*, de 3 de marzo de 2022, disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2022/03/03/6220980e468aebbe0f8b4633.html>.
- GARCÍA TERUEL, R. M., y NASARRE AZNAR, S., «Quince años sin solución para la vi-vienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 789, 2022.
- GÓMEZ OVIEDO, J. M., «La cédula de habitabilidad», en Martín Rebollo, L., Bustillo Bolado, R. O. (dirs.), *Fundamentos de derecho urbanístico*, vol. II, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «Régimen jurídico de la vivienda protegida en la ley estatal de vivienda», *Revista De Derecho Urbanístico y Medio Ambien-te*, 57, 365-366, 2024.
- «Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal», en García-Moreno, F., y González García, F. (dirs.), *Re-flexiones sobre la vivienda en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- KORTHALS ALTES, W. K., «The single European market and the demise of Flemish housing policy», *International Journal of Housing Policy*, vol. 15, 2, 2015.



- LONGO MARTÍNEZ, A. L., «Decreto 141/2012, de 30 de octubre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad», *La notaria*, 1, 2013.
- MARTENS JIMÉNEZ, I., «Una década de reformas en el régimen arrendaticio de la vivienda. Especial referencia a la reforma operada por la Ley por el derecho a la vivienda», *Actualidad jurídica iberoamericana*, 19, 2023.
- MATA SIERRA, M. T., y CARBAJO NOGAL, C., «Rehabilitación y fiscalidad de la vivienda», en Casares Marcos, A. B., y Quintana López, T. (dirs.), *Urbanismo sostenible, rehabilitación y renovación urbana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- MENÉNDEZ MORENO, A., «Nada es lo que parece. A propósito del impuesto sobre las viviendas vacías, de la Ley de 21 de julio de 2015, de la Generalidad de Cataluña», *Quincena fiscal*, 17, 2015.
- MIR ALTAMIRAS, C., «La cédula de habitabilidad, a examen», *Inmueble: revista del sector inmobiliario*, 136, 2013.
- NASARRE AZNAR, S., *El Proyecto de Ley de vivienda 2022*, Fedea, 11, 2022, disponible en: https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=actualidad&utm_campaign=estudio.
- *Los años de la crisis de la vivienda*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- PARRA LUCÁN, M. A., *El Contrato de Arrendamiento de Vivienda: desde la Salvaguardia de los Derechos del Arrendatario a su Desprotección*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- PARRA LUCÁN, M. A.; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., y PEÑA VELASCO, G. DE LA, «El contrato de arrendamiento urbano», en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo III. Contratos traslativos del uso o disfrute, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- PONCE SOLÉ, J., «Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más (y mejor)», *Blog Revista Catalana de Dret Públic*, Marzo, 2015, disponible en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/03/20/siete-consideraciones-sobre-el-derecho-a-la-vivienda-la-ciudad-y-las-viviendas-vacias-podemos-hacer-mas-y-mejor-juli-ponce-sole/>.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda y las formas de acceso a la vivienda», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, vol. 57, 365, 2023.
- SIBINA TOMÁS, D., «La utilización anómala de las viviendas: la desocupación permanente, la sobreocupación y la infravivienda», en PONCE SOLÉ, J., y SIBINA TOMÁS, D., *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- SIMÓN MORENO, H., «El cumplimiento del derecho a la vivienda en España: especial referencia a la asequibilidad, estabilidad y accesibilidad en el acceso a la vivienda», *CEFLegal*, 169, 2015.
- «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, 42, 2023.



- Vaquer Caballería, M., «El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia», *Cuadernos de Derecho Local*, 59, 2022.
- Verdera Server, R., «*Pro Proprietate*. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 76, 3, 2023.
- Vinuesa, J. (dir.); De La Riva, J. M., y Palacios, A. J., *El fenómeno de las viviendas desocupadas*, Madrid, FUAM, 2008.
- Winters, S., «Belgian state reform as an opportunity to reorient Flemish housing policy», *International Journal of Housing Policy*, vol. 13, 1, 2013.

B. Discriminación residencial

Cristina Argelich Comelles

Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

cristina.argelich@uam.es

Resumen: *El presente capítulo tiene por objeto el estudio de la discriminación residencial y su tratamiento legal en la legislación española. A estos efectos, se analiza la positivización del principio de igualdad y no discriminación residencial, y se examina el informe del Ministerio de Igualdad en la materia. Finalmente, se estudian las diversas soluciones del legislador estatal, concretadas en medidas habitacionales para personas vulnerables.*

Palabras clave: *Vivienda, discriminación residencial, igualdad, personas vulnerables.*

Abstract: *This chapter aims at studying residential discrimination and its legal treatment under Spanish law. To this end, the principle of non-discrimination in housing is analyzed, in the light of the report of the Spanish Ministry of Equality. Finally, the chapter examines the various Spanish remedies for residential discrimination, in the form of housing measures for vulnerable people.*

Keywords: *Housing, residential discrimination, equality, vulnerable people.*



Sumario: 1. El principio de igualdad y no discriminación residencial y su positivización por el legislador estatal. 2. Estado de la cuestión en el informe «Discriminación racial en el ámbito de la vivienda y los asentamientos informales» del Ministerio de Igualdad. 3. Medidas en materia de discriminación residencial: soluciones a la vulnerabilidad habitacional y prevención del sinhogarismo. 3.1 Limitación no coyuntural de la actualización de la renta del arrendamiento de vivienda. 3.2 Modificación de la prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda. 3.3 Las medidas del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre. 3.3.1 Avaes públicos para vivienda social. 3.3.2 Prórroga de la suspensión de los lanzamientos. 4. Reflexiones finales sobre la discriminación residencial. Bibliografía.

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN RESIDENCIAL Y SU POSITIVIZACIÓN POR EL LEGISLADOR ESTATAL⁽¹⁾

El legislador estatal ha positivizado el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE en diversos preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda⁽²⁾, en adelante LDV. En este Capítulo, se abordará el tratamiento legal de la discriminación residencial, el estado de la cuestión en España de conformidad con los datos estadísticos del Ministerio de Igualdad, así como las medidas adoptadas para mitigar sus efectos.

Por una parte, el artículo 2.1 apartado 12 LDV establece la eliminación de cualquier tipo de discriminación⁽³⁾, por cualquier razón, en el acceso a una vivienda y su disfrute, asegurando la integración y la cohesión social en las actuaciones y medidas de política de vivienda, un fin que tienen encomendado todos los poderes públicos en virtud del principio de igualdad, dispuesto en el artículo 14 CE. En sentido complementario a este fin, se establece el impulso a la accesibilidad universal en el parque de vivienda⁽⁴⁾, lo que alude a la eliminación de barreras arquitectónicas y a la no discriminación en el acceso a las viviendas, asegurando su efectividad en las nuevas viviendas y adoptando medidas para solventar las necesidades sobrevenidas en el parque de vivienda preexistente. Este fin se acomete

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma», PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación.

(2) BOE de 26 de mayo de 2023.

(3) FEU FONTAÑA, 2021, GUARRO, 2012, pp. 51-62. LLORENTE SAN SEGUNDO, 2017, pp. 249-307. VICENTE TORRADO, 2009, pp. 129-158. ALGABA CALVO, 2003.

(4) MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, 2013, pp. 1533-1568.

mediante las ayudas a la rehabilitación de los diversos planes de vivienda estatal y autonómicos, aunque las viviendas universalmente accesibles suponen el 0,6 % del total del parque de vivienda en España.

Por otra parte, el artículo 6 LDV determina, en materia de vivienda, el alcance del principio de igualdad y no discriminación. En este ámbito, se refiere al derecho al uso y disfrute de una vivienda digna y adecuada, según los requisitos legales y contractuales establecidos en la legislación vigente, sin que se produzca «discriminación, acoso o violencia de ningún tipo», especifica. A estos efectos, la Administración debe garantizar su cumplimiento, adoptando medidas de protección frente a cuatro «situaciones que afectan al uso y disfrute de la vivienda», algunas de las cuales referidas al Derecho civil⁽⁵⁾: la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso inmobiliario, y las operaciones de venta, arrendamiento o cesión de una infravivienda, de una vivienda sobreocupada o cualquier forma de alojamiento ilegal. El legislador define la «discriminación directa» como aquella situación en la que una persona recibe un trato diferente de otra que se encuentre en una situación análoga, siempre que no tenga una causa legítima que la justifique «objetiva y razonablemente» y que los medios utilizados sean «proporcionados, adecuados y necesarios».

El legislador estatal positiviza en el artículo 6 LDV el principio de igualdad y no discriminación en materia de vivienda, y define la «discriminación directa» como aquella situación en la que una persona recibe un trato diferente de otra que se encuentre en una situación análoga, siempre que no tenga una causa legítima que la justifique «objetiva y razonablemente» y que los medios utilizados sean «proporcionados, adecuados y necesarios». Ejemplos de esta discriminación son todos aquellos que infringen de manera directa el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE, entendemos que, con acciones activas, como las conductas tipificadas de acoso inmobiliario en la modalidad de trato degradante del artículo 173 CP⁽⁶⁾. La «discriminación indirecta» se produce cuando una norma, plan, cláusula convencional o contractual, pacto individual, decisión unilateral, criterio o práctica producen una desventaja concreta para una persona respecto de otras en el ejercicio del derecho a la vivienda, entendiéndose referido a su acceso, aunque el legislador no lo precise. No se producirá discriminación indirecta cuando la actuación tenga una finalidad legítima que la justifique objetiva y razonablemente, y los medios utilizados sean, nuevamente, proporcionados, adecuados y necesarios.

(5) ARANDA RODRÍGUEZ, 2024, pp. 1-27.

(6) ARGELICH COMELLES, 2013, pp. 11-31. Como otros ejemplos concretos, véanse los siguientes: GUARRO, 2012, pp. 51-62; VICENTE TORRADO, 2009, pp. 129-158; CEPEDA, 2021, y LLORENTE SAN SEGUNDO, 2017, pp. 249-307.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL INFORME «DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL ÁMBITO DE LA VIVIENDA Y LOS ASENTAMIENTOS INFORMALES» DEL MINISTERIO DE IGUALDAD

El informe del Ministerio de Igualdad de España, titulado «Discriminación racial en el ámbito de la vivienda y los asentamientos informales⁽⁷⁾», ofrece algunas claves de este fenómeno y diversas recomendaciones en materia de vivienda, entre otros ámbitos. En este sentido, el estudio del Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, «Percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020⁽⁸⁾», cuantifica la vivienda como el entorno con una tasa de discriminación más elevada: un 31 % de las personas racializadas percibieron discriminación en el acceso a la vivienda durante el último año, especialmente las relativas al África no mediterránea, magrebí y el Pueblo Gitano; un 17,7 % recibieron una negativa a la petición de visitar una vivienda para su arrendamiento o compra; un 20,8 % fueron rechazados como futuros arrendatarios; y un 20,1 % tuvieron más requisitos como arrendatarios o les pusieron inconvenientes. El informe del Ministerio indica expresamente que la discriminación racial en el ámbito de la vivienda desemboca, en los peores casos, en situaciones de exclusión residencial⁽⁹⁾.

Las principales causas de discriminación residencial en el acceso y permanencia en el uso habitacional de la vivienda son las presunciones de precariedad económica y del mal uso del inmueble por el arrendatario. Por lo que respecta al mantenimiento y permanencia en la vivienda, la principal causa de discriminación es la eventual existencia de problemas de convivencia con el vecindario o la comunidad, como el ruido, la suciedad y la falta de cuidado de las zonas comunes. Por lo que se refiere a los desencadenantes de la discriminación racial, se encuentran la apariencia física o el color de la piel, la vestimenta o indumentaria, el nombre y el idioma. Finalmente, también se producen las siguientes situaciones de discriminación en el ámbito de los asentamientos informales: engaños y excusas sobre la disponibilidad de la vivienda, cláusulas y precios abusivos, solicitud de documentación y garantías excesivas, y ofrecimiento de viviendas de peor calidad.

Las recomendaciones del informe en el ámbito de la vivienda para las personas en situación de discriminación residencial, entre otras recomen-

(7) MINISTERIO DE IGUALDAD, 2022.

(8) CONSEJO PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL O ÉTNICA, 2020.

(9) Nos remitimos a los estándares europeos de *sinhogarismo* de FEANTSA, 2005.

daciones en función del ámbito, se concretan en las siguientes. Por una parte, la aprobación de una Ley para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, que se ha concretado en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁽¹⁰⁾, y la incorporación en el Plan Estatal de Vivienda 2022-2025 a las víctimas de discriminación racial, mediante el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025⁽¹¹⁾. En este sentido, se ha aplicado la protección contra la discriminación racial en el ámbito de la vivienda, se han prohibido las conductas discriminatorias en la oferta de vivienda y se ha incluido la valoración de la carga de la prueba. Por otra parte, se formulan diversas recomendaciones más genéricas, como el diseño de campañas específicas de sensibilización e información, la implementación de programas de intermediación en el mercado de la vivienda en arrendamiento, así como la creación, refuerzo e impulso de los canales, recursos y mecanismos de denuncia frente a la discriminación racial en el ámbito de la vivienda.

3. MEDIDAS EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN RESIDENCIAL: SOLUCIONES A LA VULNERABILIDAD HABITACIONAL Y PREVENCIÓN DEL SINHOGARISMO

Con carácter previo al análisis de las medidas dispuestas para hacer frente a la discriminación residencial y sus consecuencias, como es el incremento de la vulnerabilidad habitacional de las personas que no pueden acceder a una vivienda habitual debido a esta discriminación, conviene centrarse en los beneficiarios de estas medidas: lo que el legislador denomina las personas en situación de especial vulnerabilidad. El artículo 14 LDV dispone las denominadas «situaciones de especial vulnerabilidad», un concepto que, aunque con contenido diferente, se establece en algunas leyes de vivienda de diversas Comunidades Autónomas⁽¹²⁾, como destinatarios finales de la acción de los poderes públicos en materia de vivienda del artículo 12 LDV. El primer apartado del precepto indica que las políticas en materia de vivienda «tendrán especialmente en cuenta» a diversos destinatarios considerando, tras su tramitación parlamentaria, «las personas, familias y unidades de convivencia»: las personas que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y

(10) BOE de 13 de julio de 2022.

(11) BOE de 19 de enero de 2022.

(12) Se dispone en las leyes de vivienda de Andalucía, Navarra, Canarias y el País Vasco con el mismo contenido.

segregados, con independencia de su ubicación urbana o rural; las personas sin hogar; las personas con discapacidad y los menores extutelados, e incorpora a «los menores en riesgo de pobreza o exclusión social», así como «cualesquiera otras personas vulnerables que se definan en el momento de la actuación».

Debemos indicar en este punto que la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica⁽¹³⁾ dispone de nuevo el concepto de «consumidor vulnerable», habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y su actualización. El artículo 1 de la Ley 4/2022, que modifica el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁽¹⁴⁾ precisa en su apartado segundo que, sin perjuicio de la normativa sectorial, tendrán la consideración de «consumidor vulnerable⁽¹⁵⁾» aquellas «personas físicas», necesariamente, y ya sea «individual» o «colectivamente», lo que permite incluir a familias vulnerables o colectivos vulnerables que no estén constituidos como persona jurídica, en quienes concurren unas determinadas circunstancias: que por sus «características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad». En materia de vivienda, por tanto, podemos indicar que el «consumidor vulnerable» se referirá al deudor hipotecario insolvente, así como otras personas o colectivos vulnerables, es decir, los arrendatarios y otras personas con insuficiencia de medios para acceder a la vivienda, por ser los sujetos pasivos de las diversas medidas arbitradas en España tras la crisis hipotecaria de 2007, la crisis del COVID-19, y la crisis derivada de la guerra en Ucrania.

En el segundo apartado del artículo 14 LDV se establece como deber de la Administración la identificación, dentro de su ámbito territorial, de las zonas que precisen actuaciones de regeneración y renovación urbana. La finalidad de este deber es, según reza el precepto, la «erradicación» de situaciones de infravivienda, mediante acciones integradas que «preven- gan y reparen» –en lugar de «eviten» como en la redacción original– la

(13) BOE de 1 de marzo de 2022.

(14) BOE de 30 de noviembre de 2007.

(15) Este concepto, es necesario complementarlo con el que ofrece el Tribunal de Justicia de la Unión, que categoriza al «consumidor vulnerable», respecto del artículo 5.3 de la Directiva 2005/29 sobre las prácticas comerciales desleales, como aquel que se encuentre alejado del parámetro del consumidor medio, por sus características personales o coyunturales.

exclusión social y residencial. Sin embargo, olvida que la infravivienda requiere una inversión pública, especialmente en las viviendas protegidas que, por el transcurso del tiempo, han sido descalificadas pero que sus propietarios carecen de capacidad económica suficiente para hacer frente al coste de determinadas obras.

En este sentido, cabe formular dos críticas a este segundo apartado del precepto, respecto de la coercibilidad del deber previsto. El legislador estatal olvida que la vivienda requiere inversión pública, para evitar la ocupación ilegal de inmuebles en general, la sobreocupación y la infravivienda, en dos sentidos: por una parte, mediante subvenciones directas, algunas de las cuales no se están utilizando, como el 60 % de los fondos *Next Generation*, o su destino solo atiende a la eficiencia energética, olvidando otras reformas como la accesibilidad, solo predicable universalmente respecto del 0,6 % de viviendas en España; y, por otra parte, la re-inversión directa en vivienda protegida descalificada, respecto de las que han perdido dicha condición por el transcurso del plazo de 30 años, y habida cuenta de que el concepto de vivienda adecuada varía en función de las exigencias legislativas y estándares internacionales.

Finalmente, el precepto concluye con acciones concretas para hacer frente al fenómeno del sinhogarismo⁽¹⁶⁾, precisando tras la tramitación, según el marco normativo y en atención a un contenido concreto, lo siguiente: «la programación de medidas específicas para afrontarlo, promoviendo en su ámbito territorial el acceso a soluciones habitacionales de alojamiento en condiciones adecuadas por parte de las personas en situación de sinhogarismo y la plena inclusión de las personas sin hogar desde una perspectiva integrada e intersectorial, y posibilitando una adecuada complementariedad entre las distintas políticas, recursos y servicios, especialmente en el ámbito sanitario, social, educativo y de empleo». A este respecto, debemos mencionar, también, que de conformidad con los estándares de la *European Federation of National Organizations Working with the Homeless*⁽¹⁷⁾, las situaciones de ocupación de bienes inmuebles mediante el delito de usurpación son calificadas de sinhogarismo.

Los instrumentos disponibles para hacer frente a la discriminación residencial se concretan en la limitación de la actualización de la renta, la modificación de la prórroga del contrato, la suspensión de los lanzamientos, junto con los avales públicos para vivienda social. La crítica general a

(16) Sobre el sinhogarismo, véanse las soluciones prácticas adoptadas por la experiencia de gamificación de CÁTEDRA UNESCO DE VIVIENDA, 2019. Sobre sinhogarismo, nos remitimos a: DOHERTY, 2005, pp. 41-62; LAMBEA LLOP, 2020, pp. 44-47; PUENTE, CARO, CAVERO, y RAMOS, 2021, pp. 27-43; y GONZALO, DE ANDRÉS, COCA, y SABATÉ, 2018, pp. 16-19.

(17) FEANTSA, 2005.

las disposiciones referidas a la vivienda libre o no sujeta a protección pública –por tanto, excluyendo los avales públicos para vivienda social– es que afectan a la facultad de disposición, respecto de los actos de administración sobre la vivienda, así como a la facultad de exclusión de terceros que implica la enésima suspensión de los lanzamientos –hasta el 15 de mayo de 2028–, por tratarse de límites en interés público del derecho de propiedad no necesitan una compensación económica pública.

3.1 Limitación no coyuntural de la actualización de la renta del arrendamiento de vivienda

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 12/2023, se introdujo DA undécima LAU, conforme a la cual el INE definirá antes del 31 de diciembre de 2024 un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda, cuyo límite será el artículo 18 LAU, a los efectos de «evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento». Este índice se aprobará mediante una resolución del Departamento Ministerial competente, dispuesta en la DT séptima LAU fruto de una enmienda, para cuya elaboración se basará en un índice por ámbitos territoriales, en virtud de las bases de datos, sistemas y metodologías desarrolladas por las Comunidades Autónomas y en coordinación técnica. Para los contratos de arrendamiento en vigor, tras la aprobación de la norma, su renta solo podrá incrementarse en un 3 % para el año 2024. A partir del año 2025, el INE elaborará un nuevo índice *ad hoc*, más estable e inferior a la evolución del IPC y diferente del IGC.

El legislador dispone en la nueva redacción del artículo 17.7 LAU que, cuando el propietario y arrendador sea una persona jurídica calificable de gran tenedor, conforme al artículo 3 LDV, la renta de los nuevos contratos de arrendamiento de viviendas sitas en zonas declaradas de mercado residencial tensionado estará vinculada al límite máximo del precio aplicable conforme al Sistema de índices de precios de referencia y, cuando no tenga dicha consideración, a la renta del contrato anterior⁽¹⁸⁾. De conformidad con la DT séptima LAU, se establece un período de seis meses desde la aprobación de la norma para la aplicación de esta limitación, según el cambio introducido en su tramitación parlamentaria que ha reducido el plazo de dieciocho meses previsto inicialmente, *ex* DT séptima LAU introducida por la DF primera LDV.

(18) AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, pp. 2875-2927.

3.2 **Modificación de la prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda**

La Ley 12/2023 también ha modificado la prórroga del contrato del artículo 10 LAU. Establece la posibilidad de que el arrendatario se acoja, tras la finalización del plazo mínimo de cinco años para las personas físicas y siete años para las personas jurídicas, previsto en el artículo 9, y de la prórroga de tres años del artículo 10, a una prórroga extraordinaria cuando la vivienda esté sita en una zona declarada de mercado residencial tensionado, y por el periodo de vigencia de dicha declaración. Esta nueva prórroga, de carácter anual y cuyo alcance es de un máximo de tres años, es potestativa por el arrendatario y obligatoria, tras su aceptación, por el arrendador⁽¹⁹⁾.

Asimismo, se establece una prórroga extraordinaria de un año más en el caso de que el arrendatario se encuentre en una situación acreditada de vulnerabilidad social o económica, y cuyo arrendador tenga la condición de gran tenedor, de conformidad con el artículo 10.1 bis, introducido por una enmienda. En este sentido, tras finalizar el plazo mínimo y la prórroga, cabrá esta prórroga de carácter forzoso u obligatorio para el arrendador que sea gran tenedor, pues deberá ser «aceptada obligatoriamente» tras su propuesta por el arrendatario, «salvo que se hubiese suscrito entre las partes un nuevo contrato de arrendamiento», como única excepción a la prórroga. Se trata de una excepción falaz, pues si hablamos de prórroga de un contrato que se encuentra en fase de ejecución, no existe celebración de un nuevo contrato, pues ello solo acontecería, en el supuesto indicado, en la tácita reconducción, prevista en el artículo 1566 CC. A este contrato, se le seguirá aplicando lo pactado en las diversas cláusulas contractuales, aunque nuevamente refiera «términos y condiciones», siguiendo la terminología anglosajona o la propia de las plataformas en línea. La acreditación de la situación de vulnerabilidad social y económica requerirá un informe o certificado emitido por los servicios sociales del ámbito municipal o autonómico en el último año.

El arrendador podrá excepcionar la prórroga extraordinaria que dispone este precepto en tres supuestos: que se hayan fijado otros «términos y condiciones», por acuerdo de las partes; que se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento, con las limitaciones de la renta dispuestas en la modificación del artículo 17.6 y 7 LAU; o que el arrendador haya comunicado la necesidad de ocupar la vivienda por sí o un familiar en primer grado de consanguinidad o por adopción, así como para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o

(19) MARTENS JIMÉNEZ, 2023, pp. 506-557.

nulidad matrimonial, *ex* artículo 9.3 LAU. En estos supuestos de excepción a la prórroga, no se requerirá consentimiento del arrendador si se han fijado otras condiciones por las partes, en la línea de lo que venía dispuesto en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19⁽²⁰⁾. De la redacción, no queda claro si se refiere a que, por acuerdo entre las partes, se ha pactado que no sea necesario este consentimiento a los efectos de la prórroga del contrato –un pacto especialmente útil si el arrendador es una persona jurídica– o si, como se sugiere en el voto particular del Informe del Consejo General del Poder Judicial, puede referirse al pacto en contra de un régimen jurídico distinto aplicable a este periodo de prórroga. Ello puede referirse a la tácita reconducción del artículo 1566 CC, o al pacto en fraude de ley de las disposiciones de arrendamiento para uso distinto de vivienda, cuando el arrendamiento es de vivienda habitual, lo que lleva a una desprotección del arrendatario. Para concluir, tenemos que precisar que, tras la prórroga extraordinaria, procederá la tácita reconducción, anualmente, si se siguen ejecutando las prestaciones del contrato.

3.3 Las medidas del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre

Respecto de la discriminación y sus consecuencias habitacionales de exclusión residencial, resulta importante examinar las últimas medidas en materia de vivienda reguladas en el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía⁽²¹⁾. Habida cuenta de su contenido, estas no guardan relación con una necesidad sobrevenida derivada de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, como viene siendo habitual respecto del uso indebido por el poder ejecutivo –y su convalidación por el legislativo– de estas normas con rango de ley.

Por el contrario, y como reflexión general a todas ellas, pudiendo resultar oportunas a corto plazo, generan incentivos negativos indeseados de reducción de la oferta de vivienda e incremento de los precios cuando se prorrogan sin solución de continuidad. Ello puede comprobarse en dos extremos: por una parte, en la prórroga de la suspensión de los lanzamientos a personas vulnerables sin alternativa habitacional desde 2016, incluyendo a las personas sin justo título para poseer sujetas a un procedimiento penal,

(20) BOE de 21 de abril de 2020.

(21) BOE de 28 de diciembre de 2023.

respecto de la facultad de exclusión y la indebida protección al poseedor de mala fe; y, por otra parte, en la suspensión de la obligación del pago de los préstamos y créditos con y sin garantía hipotecaria a los afectados por la erupción volcánica en la isla de La Palma desde 2021, respecto de la tutela de los derechos de crédito –los remedios privados y la protección jurisdiccional–, con una esperable restricción de su concesión futura.

En el artículo 91 de la sección tercera se establece la modificación del Real Decreto-ley 20/2021, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma⁽²²⁾. En virtud del artículo 91, se amplía el plazo de solicitud de las medidas de suspensión de las obligaciones de pago de intereses y principal para préstamos y créditos con y sin garantía hipotecaria a los afectados por la erupción volcánica en dicha isla hasta el 30 de enero de 2024, y se suspende, en seis meses adicionales, sus obligaciones de pago. Advertimos a este respecto que, si bien esta suspensión podía resultar adecuada inicialmente, su prórroga sucesiva impide la correcta tutela del derecho de crédito y una restricción a su futura concesión. Los siguientes subapartados se dedicarán específicamente al análisis de los avales públicos para vivienda social y a la prórroga de la suspensión de los lanzamientos.

3.3.1 *Avales públicos para vivienda social*

El artículo 86 de la sección primera dispone los avales públicos para vivienda social o a precio asequible. Debemos destacar que el legislador confunde ambas categorías respecto del consenso europeo e internacional: por una parte, las viviendas a precio asequible solo están categorizadas en España, y se refieren a aquellas cuya renta o cuota del préstamo hipotecario no supera el 30% de los ingresos de la unidad familiar; por otra parte, el concepto de vivienda social, utilizado a nivel internacional y por EUROSTAT, se refiere a aquellas viviendas de titularidad pública que están arrendadas a personas en situación de necesidad habitacional y económica. En este sentido, se dispone la creación de una línea de avales públicos –a cargo de la Administración General del Estado– para incrementar el parque de vivienda en arrendamiento social o a precio asequible –entendiendo el legislador como asimiladas ambas categorías–, así como para mejorar el parque de vivienda ya existente en este ámbito. Los avales públicos, como es bien sabido, incrementan generalizadamente el coste de acceso a la vivienda, debido a la inobservancia de la solvencia como principal requisito.

(22) BOE de 6 de octubre de 2021.

3.3.2 *Prórroga de la suspensión de los lanzamientos*

En la sección segunda del Real Decreto-ley 8/2023 –artículos 87-90–, se establece la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En estos preceptos, se amplía el plazo de la suspensión de los lanzamientos para personas vulnerables sin alternativa habitacional pública, cuya última modificación prorroga la medida hasta el 15 de mayo de 2028, de conformidad con el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables⁽²³⁾. El deber de ofrecer esta alternativa habitacional, a la que se condiciona la suspensión de los lanzamientos, se atribuyó a las Comunidades Autónomas tras la aprobación de la Ley 12/2023, así como su compensación –cuando previamente correspondía al Estado– y manteniendo la solicitud del propietario.

En cuanto a los beneficiarios de la suspensión de los lanzamientos, el ámbito subjetivo de aplicación de la medida comprende a los arrendatarios –de conformidad con el artículo 675 LEC– así como a las personas sin justo título para poseer –indica el legislador erróneamente «título habilitante» cuando ello se refiere al ejercicio de potestades administrativas– también por causa de un procedimiento penal del que derive el lanzamiento, sumándose al procedimiento declarativo de desahucio. Esta ampliación obedece a la reforma del artículo 250.1 LEC, pero entra en clara contradicción con el artículo 675 LEC y su modificación por la Ley 12/2023, puesto que prevé el despacho del lanzamiento de los ocupantes de mero hecho –referido a la ocupación ilegal– o sin título suficiente, como el arrendatario sujeto a un procedimiento declarativo de desahucio.

Complementariamente, indicamos que la DF quinta LDV ha sido parcialmente anulada por el Alto Tribunal mediante la STC 26/2025, de 29 de enero, que afecta los apartados 6 c) y 7 del art. 439 LEC, los apartados 1 y 2 del art. 655 bis, y el art. 685.2 LEC, relativos a los requisitos de procedibilidad para los grandes tenedores de vivienda. Advertimos que, en las situaciones de vulnerabilidad económica habitacional, no cabe prolongar la ocupación de la vivienda sin lanzamiento a costa del propietario, condicionando la respuesta a que la Administración autonómica ofrezca una alternativa habitacional. Por el contrario, procede aligerar y coordinar la respuesta administrativa y judicial, bifurcada en Administraciones competentes diferentes, para proveer una alternativa habitacional a las personas vulnerables previa al lanzamiento.

El artículo 89 determina los criterios de la compensación pública a dicha limitación administrativa de derechos, pues se produce una suspen-

(23) BOE de 15 de mayo de 2024.

sión administrativa de la facultad de exclusión inherente al derecho de propiedad y límite en interés público del mismo, que por no suponer una limitación del dominio no requeriría compensación; recuérdese que la medida fue dispuesta en 2016, sucesivamente prorrogada, y que hasta 2020 no se procedió a compensar. El precepto indica que la compensación consistirá en el valor medio del arrendamiento de la vivienda respecto de su ubicación –determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler–, añadiendo los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador hasta el 31 de diciembre de 2024 o hasta el levantamiento de la suspensión por el órgano jurisdiccional.

El problema que plantea esta compensación es su restricción inicial al índice de referencia del precio del alquiler, utilizado para el control de rentas y vinculado a su vez a la declaración administrativa de zonas de mercado residencial tensionado –con un control de rentas generalizado para cualquier tipo de arrendador–, pues se produce una determinación heterónoma inicial de la renta por la Administración que, acumulada a la limitación, con carácter general, de la actualización de la renta al 3 % para 2024, y a un índice elaborado por el INE –diferente al IPC y al IGC– a partir de 1 de enero de 2025, producirá como efecto la «congelación de la renta», es decir, obligar *ex lege* a la percepción de una renta antieconómica sin compensación pública.

4. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN RESIDENCIAL

Tras la positivización por parte del legislador estatal del principio de igualdad y no discriminación residencial observamos como, a pesar de su reconocimiento legislativo, no existe un tratamiento legal centrado en medidas que, más allá de fomentar el mantenimiento en el uso habitacional por parte de las personas vulnerables, solucionen con carácter permanente su necesidad habitacional a cargo de la Administración, a excepción de los avales públicos para vivienda social. La Administración traslada a los propietarios de las viviendas libres y no sujetas a protección pública la cobertura y coste de dicha necesidad habitacional, mediante límites en interés público del derecho de propiedad que afectan directamente a sus facultades: a la facultad de exclusión, con el impedimento del lanzamiento de las personas vulnerables sin alternativa habitacional pública; y a la facultad de disposición, referida en este caso a los actos de administración, con la limitación de la actualización de la renta que, acumulada a una duración del arrendamiento de vivienda que puede alcanzar los 14 años, convierte dicha relación jurí-



dico-privada en antieconómica. La Administración debería resolver la discriminación residencial y la atención de la necesidad de vivienda habitual de las personas vulnerables mediante instrumentos de naturaleza jurídico-pública, así como la colaboración público-privada en el aumento de la oferta de vivienda, a los efectos de proporcionar soluciones reales a las personas que se encuentran en situación de discriminación residencial.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA CALVO, A., «La discriminación en el acceso al mercado de la vivienda: las desventajas de la inmigración, novedades y permanencias», *Scripta Nova: revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Extra 7, 126, 2003, disponible en: [http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146\(060\).htm](http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146(060).htm).
- ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Incidencia de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda en el Derecho Civil», en Parejo Alfonso, L. (dir.), *La nueva Ley de vivienda a examen*, Madrid, La Ley, 2024.
- ARGELICH COMELLES, C., «El acoso inmobiliario», *Lo Canyeret: revista del Ilustre Colegio de la Abogacía de Lleida*, 79, 2013, Primer Premio del XII Certamen Arquímedes de Introducción a la Investigación Científica del Ministerio de Educación. BOE de 17 de diciembre de 2013.
- *Ley por el derecho a la vivienda*, segunda edición, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.
- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, I., «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 97, 2021.
- CÁTEDRA UNESCO DE VIVIENDA DE LA UNIVERSIDAD ROVIRA Y VIRGILI, Documental «El umbral», 2019, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=zlKJs5f0FJI>.
- CEPEDA, P., «Prácticas discriminatorias en la lucha por el acceso a la vivienda», *Crítica urbana: revista de estudios urbanos y territoriales*, vol. 4, 16, 2021, disponible en: <https://criticaurbana.com/practicas-discriminatorias-en-la-lucha-por-el-acceso-a-la-vivienda>.
- CONSEJO PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL O ÉTNICA, *Percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020*, Madrid, Ministerio de Igualdad, 2020, disponible en: https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/08-PERCEPCION_DISCRIMINACION_RACIAL_NAV.pdf.
- DOHERTY, J., «El origen del sinhogarismo: perspectivas europeas», *Documentación social*, 138, 2005.
- FEANTSA, *ETHOS - European Typology on Homelessness and Housing Exclusion*, 2005, disponible en: <https://www.feantsa.org/en/toolkit/2005/04/01/ethos-typology-on-homelessness-and-housing-exclusion>.
- FEU FONTAÑA, P., «La velada discriminación en el acceso a la vivienda», *Crítica urbana: revista de estudios urbanos y territoriales*, vol. 4, 16, 2021, dis-



- ponible en: <https://criticaurbana.com/la-velada-discriminacion-en-el-acceso-a-la-vivienda>.
- GONZALO, J.; DE ANDRÉS, J.; COCA, J., y SABATÉ, N., «El umbral: una gamificación para sensibilizar sobre el sinhogarismo», *Housing: revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, 9, 2018.
- GUARRO, B., «La discriminación de las personas inmigradas en el acceso a la vivienda», en Pérez Rincón Fernández, S., Tello Robira, R. (dirs.), *¿Derecho a la vivienda?: miradas críticas a las políticas de vivienda*, Barcelona, Bellaterra, 2012.
- LAMBEA LLOP, N., «Sinhogarismo y exclusión residencial en tiempos de alarma», *Housing: revista de la Cátedra de vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, 13, 2020.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I., «La prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda residencial», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2, 2017.
- MARTENS JIMÉNEZ, I., «Una década de reformas en el régimen arrendaticio de la vivienda. Especial referencia a la reforma operada por la Ley por el derecho a la vivienda», *Actualidad jurídica iberoamericana*, 19, 2023.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., y FLORES RODRÍGUEZ, J., «Accesibilidad universal y no discriminación en inmuebles residenciales de uso privado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 737, 2013.
- MINISTERIO DE IGUALDAD, *Discriminación racial en el ámbito de la vivienda y los asentamientos informales*, Madrid, Ministerio de Igualdad, 2022, disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/igualdad/Documents/2022/180322_Informe_Discriminacion_racial_2022.pdf.
- PUENTE, P.; CARO, G.; CAVERO, G.; RAMOS, M.; RUIZ, J., y SALES, A., «El derecho a un hogar. Sinhogarismo y pandemia», en Sánchez Gil, M., De Santiago Herrero, F. J. (coords.), *Crisis pandémicas: perspectiva criminológica, psicológica y social*, Salamanca, Ratio Legis, 2021.
- VICENTE TORRADO, T. L., «La vivienda como marco para la discriminación de la población inmigrante: tendencias actuales», en Urrutia Asua, G. (coord.), *Derechos humanos y discriminación: ¿nuevos o continuos retos?*, Gipuzkoa, Diputación Foral de Gipuzkoa, 2009.



C. Gentrificación

Cristina Argelich Comelles

Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

cristina.argelich@uam.es

Resumen: *Este capítulo versa sobre la gentrificación de los núcleos urbanos y sus causas, relativas a la asequibilidad de la vivienda y la turistificación. Se examinan las soluciones comparadas del Consejo de Europa, de ONU Habitat, del proyecto europeo «Exploring Anti-Gentrification Practices and Policies in Southern European Cities» y del Informe España 2050. A la luz de las evidencias empíricas sobre gentrificación, se formula una crítica a las medidas del legislador estatal.*

Palabras clave: *Vivienda, gentrificación, turistificación, asequibilidad.*

Abstract: *This chapter deals with the gentrification of urban areas, based on housing affordability and touristification. The chapter examines comparative remedies under the recommendations of the Council of Europe, UN Habitat, the European project 'Exploring Anti-Gentrification Practices and Policies in Southern European Cities', and the Spain 2050 Report. In the light of the empirical evidence, the Spanish measures on gentrification are critically examined.*



Keywords.– *Housing, gentrification, touristification, affordability.*

Sumario: 1. La gentrificación de los núcleos urbanos: especial referencia a la falta de asequibilidad y la turistificación. 2. Soluciones prospectivas en los informes y proyectos europeos sobre gentrificación. 2.1 Informe «Gestión de la gentrificación» del Consejo de Europa. 2.2 Recomendaciones de ONU Habitat. 2.3 Resultados del Proyecto europeo «*Exploring Anti-Gentrification Practices and Policies in Southern European Cities*». 3. Las medidas propuestas en el informe «España 2050» para mitigar las consecuencias de la gentrificación y desatendidas por el legislador estatal. 4. Crítica a las medidas destinadas a mitigar la gentrificación de los núcleos urbanos. 4.1 Declaración de zonas de mercado residencial tensionado. 4.2 El control de rentas de las viviendas sitas en zona declarada de mercado residencial tensionado y los grandes tenedores de vivienda. 5. Reflexiones finales sobre la gentrificación de los núcleos urbanos. Bibliografía.

1. LA GENTRIFICACIÓN DE LOS NÚCLEOS URBANOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA FALTA DE ASEQUIBILIDAD Y LA TURISTIFICACIÓN⁽¹⁾

El presente capítulo analiza la gentrificación y sus causas, habida cuenta de la globalización de este fenómeno, con especial atención a las soluciones propuestas por el Consejo de Europa, ONU Habitat, así como la investigación científica en este ámbito. Asimismo, se abordarán críticamente las soluciones establecidas por el legislador estatal, a la luz de las propuestas formuladas para la legislación española. Cabe destacar la ausencia de una definición de gentrificación del legislador estatal, como fenómeno más frecuente en los núcleos urbanos y consistente en la expulsión de los residentes habituales a áreas periféricas, debido principalmente a la falta de asequibilidad y la turistificación.

En cuanto a la gentrificación, diversos retos habitacionales han sido indicados por expertos en la materia en dos informes⁽²⁾, tanto a nivel europeo como a nivel estatal: en Europa, los retos más importantes se refieren a la asequibilidad, sostenibilidad e inclusión social de la vivienda; en relación con España, los retos se concretan en la falta de asequibilidad,

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma», PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación.

(2) NASARRE-AZNAR, 2021. NASARRE AZNAR, 2022.

el sinhogarismo, la gentrificación, la turistificación⁽³⁾, así como el fenómeno conocido como la «España vaciada» o la despoblación de las zonas rurales. En concreto, y en términos de estado del parque residencial de vivienda en España, la «vivienda adecuada» se traduce en los siguientes datos del Instituto Nacional de Estadística y del Ministerio de Fomento⁽⁴⁾: más del 55 % de viviendas fueron construidas antes de 1980, en concreto 13.759.266 viviendas de un total de 25.208.622, de las cuales un 21 % tienen más de 50 años. Ello justifica que, en España, los principales retos en materia de «vivienda adecuada» sean la rehabilitación, la eficiencia energética y la accesibilidad, pues solamente el 0,6 % de viviendas son accesibles para las personas con discapacidad.

En los informes, se señalan como buenas prácticas a nivel español las siguientes: la intermediación en materia de vivienda, dispuesta en Cataluña, y los derechos de adquisición preferente, de Cataluña y Andalucía; el derecho a la vivienda para personas o colectivos vulnerables, del País Vasco; la propiedad temporal y la propiedad compartida, de Cataluña; la aproximación a la «vivienda asequible», mediante la práctica de la Fundación Habitat 3; la vivienda para la inclusión social, en Cataluña; la suspensión de los lanzamientos, del legislador estatal, y la mediación hipotecaria, de los legisladores autonómicos de Cataluña, Madrid, Aragón, Navarra y el País Vasco.

Finalmente, se refieren diversas lecciones aprendidas en materia de vivienda, cuyo contenido no se encuentra trasladado en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda⁽⁵⁾, en adelante LDV: no existen políticas de vivienda adecuadas, basadas en la investigación previa sobre la situación del acceso a la vivienda en España y sus causas; se requiere de un planteamiento *country-wide* o para todo el Estado sobre la formulación adecuada de los regímenes de tenencia de la vivienda; se necesitan medidas vinculadas al sector privado para el incremento de las viviendas sociales, a lo que pueden ayudar las cooperativas de vivienda; se produce una regulación multinivel incoherente⁽⁶⁾, cuya principal manifestación es la falta de asequibilidad; deben abordarse los problemas relativos a las condiciones de habitabilidad, accesibilidad, eficiencia energética y rehabilitación⁽⁷⁾; y, finalmente, se requiere una cohesión territorial para solucionar las consecuencias derivadas de la urbanización, que han desembocado en el fenómeno de la «España vaciada» o la despoblación de las zonas rurales.

(3) MARENZANA, 2024, pp. 95-118.

(4) MINISTERIO DE FOMENTO, 2015.

(5) BOE de 26 de mayo de 2023. ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 1-454.

(6) Aporta novedosas soluciones el reciente trabajo de GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2024, pp. 165-203.

(7) PONCE SOLÉ, 2008, pp. 493-512.

2. SOLUCIONES PROSPECTIVAS EN LOS INFORMES Y PROYECTOS EUROPEOS SOBRE GENTRIFICACIÓN

Por lo que respecta a las soluciones prospectivas en esta materia, examinaremos el contenido de las diversas recomendaciones planteadas en los informes del Consejo de Europa, de ONU Habitat, así como los resultados de un proyecto europeo sobre gentrificación en ciudades del sur de Europa.

2.1 Informe «Gestión de la gentrificación» del Consejo de Europa

En el informe «Gestión de la gentrificación» del Consejo de Europa⁽⁸⁾, se indican cuatro acciones destinadas a mitigar sus consecuencias. La primera acción es la gestión de la brecha del arrendamiento y la asequibilidad en los entornos residenciales y no residenciales. A estos efectos, se identifican como soluciones el aumento de la oferta de vivienda protegida, la combinación de los diversos regímenes de tenencia –principalmente el arrendamiento y la propiedad–, la colaboración público-privada, el aumento de la asequibilidad, los modelos cooperativos, la regulación de la especulación, el control de la cantidad y ubicación de las viviendas turísticas, así como el aseguramiento del transporte público a los residentes. Este último punto se señala expresamente como un elemento esencial para el desarrollo de las denominadas «supermanzanas» en Barcelona, pero, a su vez y aunque el informe no lo refiera, se ha observado un incremento de los precios tanto en el arrendamiento como en la compra de las viviendas allí ubicadas⁽⁹⁾. Entre estas soluciones en materia de gestión de la brecha del arrendamiento se identifican las experiencias del Plan Especial Urbanístico de Alojamiento Turístico de Barcelona, el Proyecto de Plan de Desarrollo del barrio de Chatsworth Road, de Londres, y el Programa Especial de Planificación Lachine-East, de Montreal.

En segundo lugar, se desarrollan medidas destinadas a evitar el desalojo y proteger a los arrendatarios. En este ámbito, se identifican diversas prácticas, como la creación de zonas especiales para la «renovación urbana cuidadosa», como la norma de Protección del Entorno Social o *Milieuschutz*, de Berlín. Asimismo, también indica la gestión del turismo,

(8) CONSEJO DE EUROPA, 2020.

(9) CBRE, 2023. Los datos publicados por la consultora CBRE en junio de 2023 sitúan el incremento de la renta por metro cuadrado de las viviendas sitas en las supermanzanas en un 87 % de media, correspondiendo el incremento máximo en un 110 % en la calle Consell de Cent, de Barcelona. El incremento de los precios en la compraventa de viviendas de las supermanzanas es del 4 %, registrando bajadas del 18 % en las calles adyacentes no pertenecientes a esta.



medidas de protección de los arrendatarios –como los derechos de adquisición preferente–, y la protección a las empresas locales, como la restricción de los horarios comerciales. Además de la experiencia alemana referida, también destaca el Fatima Mansions, de Dublín, donde se procedió al reemplazo de viviendas de protección social degradadas por otras sin expulsión de sus arrendatarios.

En tercer lugar, se indica como buena práctica el fortalecimiento de los procesos participativos, así como la gobernanza dirigida por los residentes y la sociedad civil. De esta manera, se busca la creación de procesos participativos, el codiseño del espacio público con la ciudadanía y la coproducción de políticas públicas. En este ámbito, destaca el presupuesto de iniciativas públicas, de Vinnytsia –en Ucrania–, el modelo cooperativo de rehabilitación del patrimonio histórico municipal infrautilizado, de Lisboa, y el Consejo Municipal de la Vivienda Social, de Barcelona. Finalmente, la cuarta propuesta consiste en un espacio público inclusivo mediante la promoción de la gobernanza de las ciudades y la gestión de la privatización del espacio público. En este ámbito, destaca como práctica la asociación de vecinos de Tabakalera, en San Sebastián, donde se ha producido un proceso de regeneración, la promoción de lugares para la interacción social y la gestión del conflicto en el espacio público. Complementariamente a esta experiencia, también se refieren las supermanzanas de Barcelona.

A modo de conclusión, el informe formula unas recomendaciones a las autoridades municipales. Estas recomendaciones se refieren al aseguramiento de la protección a las personas vulnerables, la creación de procesos participativos eficaces en la coproducción de políticas, junto con la distribución de fondos y el fomento de modelos de gobernanza. Para evitar la gentrificación, se recomienda que las autoridades municipales creen vínculos con la sociedad civil, así como el activismo local. Finalmente, se sugiere aumentar el parque de vivienda protegida, proteger a los residentes de larga duración, procurar la inclusión y la integración en lugar de la segregación, así como preservar la composición social para evitar el desalojo.

2.2 Recomendaciones de ONU Habitat

Las recomendaciones de ONU Habitat en materia de gentrificación⁽¹⁰⁾, publicadas en su portal, se refieren a diversas actuaciones en los núcleos urbanos. La primera recomendación consiste en adoptar políticas económicas redistributivas, a los efectos de que los recursos generados por la

(10) ONU HABITAT, 2022.

gentrificación puedan utilizarse para regenerar otras ubicaciones periféricas que se han dejado de utilizar, con la finalidad de incrementar los ingresos municipales. Estos ingresos pueden utilizarse, expresamente, para mejorar la oferta de vivienda, su cantidad y distribución en el espacio público, considerando las áreas y vecindarios. En segundo lugar, propone retener a la población existente y su tejido social mediante el mejoramiento de su vivienda, así como en virtud de programas sociales destinados a actividades tradicionales generadoras de ingresos. La finalidad es desincentivar la presión especulativa del desarrollo descontrolado, que es una de las causas de expulsión de la población residente. En este sentido, recomienda fomentar las pequeñas empresas mediante la gestión de microcréditos, el aumento de los servicios comunitarios, la rehabilitación de viviendas y la mejora de los espacios públicos. ONU Habitat indica expresamente que estas recomendaciones, junto con la participación directa de la comunidad, han demostrado ser prácticas de éxito para disminuir las presiones de la gentrificación, referidas a la gestión de la exclusión residencial, la planeación urbanística, la falta de gobernanza y la gestión de la desigualdad.

2.3 **Resultados del Proyecto europeo «*Exploring Anti-Gentrification Practices and Policies in Southern European Cities*»**

Los resultados del proyecto «*Exploring Anti-Gentrification Practices and policies in Southern European Cities*⁽¹¹⁾», desarrollado del 1 de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2016 y coordinado por la Universidad de Leicester, pueden resultar de utilidad en aras de implementar las medidas descritas en materia de gentrificación en España, tras el estudio comparado de tres ciudades del sur de Europa, como son Madrid, Roma y Atenas. El objetivo final de esta investigación consistió en formular soluciones al desplazamiento y contribuir a la teoría de la «resistencia a la gentrificación». A estos efectos, este proyecto se estructuró con base en cuatro objetivos, y sus correspondientes resultados. En primer lugar, examinar la relevancia de la teoría de la resistencia a la gentrificación para comprender las prácticas en contra de los desahucios, la especulación y la privatización tras la crisis de 2008. Del análisis de estas prácticas, se refuerza la teoría de la resistencia a la gentrificación por la población local, así como su potencial para informar sobre el establecimiento de una agenda urbana en contra del desplazamiento. En segundo lugar, contextualizar

(11) EUROPEAN COMMISSION, 2017.

los diferentes tipos de desplazamiento y los sistemas de vivienda de las ciudades. En este sentido, en la comprensión del desplazamiento urbano en las ciudades del sur de Europa tras la crisis económica intervienen una variedad de fuerzas que actúan simultáneamente con diferente intensidad, impactando a una variedad de personas con diversos perfiles sociales. En tercer lugar, estudiar las prácticas contra la gentrificación en las ciudades referidas, a los efectos de formular soluciones sobre la prevención de los desplazamientos. En este ámbito, se observa una variedad, multiescalaridad y simultaneidad en las prácticas en contra del desplazamiento. El variado conjunto de prácticas, como las que van en contra de los desahucios, la privatización, la especulación y la austeridad se pueden agrupar como las «prácticas en contra de la gentrificación». Finalmente, el cuarto objetivo consiste en desarrollar un conjunto de herramientas contra la gentrificación para las ciudades del sureste de Europa, aunque las prácticas descritas en el proyecto podrían implementarse en España.

Por lo que respecta al impacto y uso potenciales de esta investigación, se detectó que existe una falta de prevención con respecto al lanzamiento. La prevención debería referirse a acciones dirigidas a las personas lanzadas de sus viviendas habituales, en el sentido de entender que el desplazamiento directo no puede abordarse con un modelo de bienestar residual y una solución de emergencia, pues afecta a la clase media empobrecida, a personas mayores y a trabajadores precarios, principalmente referidos a arrendatarios jóvenes y personas migrantes. En consecuencia, las medidas preventivas deberían proveer de vivienda a largo plazo mediante los siguientes instrumentos, algunos de los cuales han sido adoptados en España: la adquisición y conversión del parque de vivienda inutilizado en vivienda pública; la revisión de los planes de privatización, para mantener el parque público residencial accesible a la próxima generación; el posible cambio del régimen de tenencia de propiedad a arrendamiento en la misma vivienda, a los efectos de evitar el lanzamiento del deudor hipotecario insolvente; las ayudas financieras al pago de la deuda hipotecaria, así como las moratorias de los lanzamientos de personas vulnerables; y medidas que diferencien el acceso a la vivienda, como las cooperativas de vivienda y las políticas de rehabilitación de vivienda y edificios.

Los resultados de la investigación también se refieren a la mitigación de la gentrificación, pues se desprende que la especulación aumentó en las zonas gentrificadas tras la crisis económica. Las prácticas de mitigación de la gentrificación propuestas consisten en: la creación de planes de desarrollo local alternativos; la mitigación del turismo en los centros de las ciudades; la reducción de la zonificación de desarrollo especulativo; la preservación de los valores sociales de las viviendas deshabitadas y de los edificios recuperados para usos sociales; y la participación ciudadana



activa mediante decisiones operativas en materia de vivienda. Habiendo detectado la ausencia de medidas de prevención y mitigación, la investigación se centró en prácticas de desobediencia civil –indicando expresamente la ocupación ilegal–, cuya detección es altamente informativa para el diseño de medidas de prevención del desplazamiento, pues los testimonios de grupos vecinales y movimientos sociales urbanos redundan en la concienciación. La composición social de los grupos en contra del desplazamiento requiere una profunda comprensión de la solidaridad interclase, pues según indica es el punto más débil de quienes promueven el acceso a la vivienda solo en propiedad, como el movimiento en contra de los desahucios de Grecia. La institucionalización de las prácticas de los movimientos sociales –como la asistencia jurídica en materia de desahucios–, o las respuestas institucionales –como la ayuda financiera o el alojamiento temporal y las soluciones de emergencia– han demostrado tener un alcance limitado. En este sentido, se recomienda expresamente que la puesta en marcha de alojamientos temporales en Madrid debe aprender del fracaso de su aplicación en Roma con anterioridad.

3. LAS MEDIDAS PROPUESTAS EN EL INFORME «ESPAÑA 2050» PARA MITIGAR LAS CONSECUENCIAS DE LA GENTRIFICACIÓN Y DESATENDIDAS POR EL LEGISLADOR ESTATAL

En el informe «España 2050⁽¹²⁾» se han determinado unas líneas de actuación en materia de vivienda, que tienen incidencia en la gentrificación producida en algunos núcleos urbanos, especialmente los que tienen una mayor demanda residencial. En el apartado dedicado al desarrollo territorial, en cuanto al «presente del acceso a la vivienda», se indica que la distribución sobre el territorio es muy heterogénea. Ello se debe a la concentración poblacional en las grandes ciudades y la despoblación de la llamada «España vaciada», a la dificultad para acceder a la vivienda en propiedad, así como al sobre coste de la renta del arrendamiento de vivienda habitual en relación con los ingresos percibidos. Por ello, los expertos del informe señalan diversos retos de futuro que se tendrán que regular, en atención al envejecimiento de la población, la asimetría de los entornos urbano y rural, la suburbanización en ciudades extensas, la densificación de las ciudades, la turistificación y la gentrificación⁽¹³⁾. Está

(12) OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, 2021.

(13) MARENZANA, 2024, pp. 95-118.

previsto que en 2035 el número de unidades familiares u «hogares» haya aumentado 1,1 millones⁽¹⁴⁾, mientras que su tamaño medio descenderá, quedando especialmente afectados los ciudadanos que tengan ingresos bajos y los jóvenes que residan en las grandes ciudades. Por estas razones, la demanda potencial de vivienda social en España se duplicará la próxima década.

Por ello, se propone en el informe la regulación de las tenencias intermedias, es decir, el acceso a la vivienda en propiedad mediante dos fórmulas que proceden del Derecho anglosajón y que se incorporarían a nuestra legislación, en la línea del legislador catalán, mediante un *legal transplant*: la propiedad temporal y la propiedad compartida. Como retos complementarios, señala el informe la mejora de la sostenibilidad y la salud urbana, la reducción de la pobreza, la desigualdad y la segregación social, así como la rehabilitación masiva del parque inmobiliario, en atención a la antigüedad media y en términos de eficiencia energética. En España, la tasa de rehabilitación es del 0,1 %, el equivalente a 26.000 viviendas del parque inmobiliario total⁽¹⁵⁾, mientras que en Francia o Noruega es del 2 %. Se estima que en España 1,2 millones de viviendas se tendrán que rehabilitar hasta 2030. Finalmente, se señala como reto la dinamización de la España rural.

Como acciones concretas, o «frentes en relación con la Agenda Urbana Española⁽¹⁶⁾», se prevé un segundo ámbito, denominado «Garantizar de forma efectiva el acceso a una vivienda digna y adecuada, reduciendo el esfuerzo económico y mejorando su adecuación». Se disponen diversas acciones para acometer esta garantía del acceso a la vivienda digna y adecuada. En primer lugar, incrementar la disponibilidad de vivienda pública y social a través de la compra de viviendas en edificios y comunidades ya consolidadas, la rehabilitación o la construcción de nuevas viviendas. En segundo lugar, fomentar el arrendamiento de las viviendas vacías ofreciendo garantías suficientes a los propietarios y ejerciendo un control sobre la calidad de la vivienda ofertada. En este sentido, se propone la creación o mejora, en su caso, de bolsas de intermediación pública de arrendamiento y marcos de colaboración público-privados que contribuyan a una mejor gestión, como modelo similar a las *housing associations*. Debemos precisar que la autoridad local de vivienda procede del Derecho anglosajón, nuevamente, así como la intermediación de la Administración en la gestión de las viviendas vacías mediante las órdenes de gestión de viviendas vacías.

(14) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, 2020.

(15) MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA, 2020.

(16) MINISTERIO DE FOMENTO, 2019.



En tercer lugar, la creación de un marco fiscal orientado a favorecer tanto el incremento de la oferta de vivienda en arrendamiento a precios asequibles, como el propio acceso de las unidades familiares de rentas más bajas. Prevé un especial énfasis en la demanda residencial y mercado tensionado, e insinúa el control de rentas, que encontramos en la DF primera LDV, cuando expresa la importancia de «tener en cuenta la relación entre el precio del alquiler y la renta del hogar». En cuarto lugar, el establecimiento de mecanismos de protección sobre el patrimonio público de vivienda, así como reservas de suelo para vivienda protegida en arrendamiento⁽¹⁷⁾, para evitar su despatrimonialización, un objetivo acometido en la DF cuarta.

En quinto lugar, incentivar las tenencias intermedias como alternativa a la propiedad, es decir, regular la propiedad temporal y la propiedad compartida. Finalmente, apuesta por garantizar la correcta información que reciben las unidades familiares, tanto en la financiación como en la compra o arrendamiento de una vivienda, facilitando la movilidad residencial de las unidades familiares a medida que sus necesidades cambian. Ello se regula en los artículos 32-36 LDV. Complementariamente, para adecuar el parque de vivienda a las necesidades de las nuevas unidades familiares, el informe propone implementar programas de ayudas, dirigidas a conseguir la accesibilidad universal en las viviendas y como soluciones habitacionales alternativas⁽¹⁸⁾, así como implementar una Estrategia Nacional de regeneración urbana integral.

La Ley 12/2023 tenía la oportunidad de sentar las bases legislativas completas de lo que en el informe España 2025 se contiene, pero no se atienden la totalidad de los problemas señalados en el informe: ni las consecuencias negativas derivadas de la urbanización; ni la despoblación de zonas rurales, donde habita la población más envejecida; ni se establecen medidas estructurales, pues siguen siendo coyunturales, como suele ser tradición en la legislación de acceso a la vivienda en España. Faltan soluciones que formulen a medio y largo plazo el modelo de acceso a la vivienda, y consideramos que ello pasaría por las siguientes acciones: el planteamiento de políticas de vivienda para estructurar territorialmente la cohesión poblacional; plantear el modelo urbano de ciudad y la distribución poblacional; la creación de un ente gestor del acceso a la vivienda, en la línea de la *Local Housing Authority* del Reino Unido, que es un ente local destinado a estos efectos, e incluso su existencia a nivel autonómico; y, finalmente, abordar los grandes retos de futuro, basados en la asequibilidad, la sostenibilidad, la distribución poblacional y su concentración en las ciudades, junto con las nuevas tecnologías.

(17) IGLESIAS GONZÁLEZ, 2024, pp. 53-96.

(18) MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, 2013, pp. 1533-1568.

4. CRÍTICA A LAS MEDIDAS DESTINADAS A MITIGAR LA GENTRIFICACIÓN DE LOS NÚCLEOS URBANOS

La crítica que se formulará respecto de las medidas destinadas a mitigar las consecuencias de la gentrificación de los núcleos urbanos es que se vinculan todas a los propietarios de las viviendas libres no sujetas a protección pública y sin compensación pública. Estas medidas consisten en la declaración de zonas de mercado residencial tensionado, de momento solo aplicable en algunos municipios de Cataluña, a la que se vincula el control de rentas para cualquier vivienda arrendada allí ubicada, con independencia de si su propietario y arrendador es considerado un gran tenedor.

Aunque estas dos medidas, principalmente el control de rentas, hayan sido avaladas en el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de la Ley 12/2023⁽¹⁹⁾, desde una perspectiva civil supone una afectación directa a la facultad de disposición, en este caso referida a los actos de administración, respecto de una vivienda de titularidad privada. Desde el Derecho civil, se trata de un límite en interés público del derecho de propiedad, lo que se corresponde con una limitación administrativa de derechos y, como es sabido, no requiere dicha restricción indemnización alguna al propietario. Por tanto, supone de hecho un vaciamiento indirecto del derecho de propiedad y sus facultades, lo que afecta a su contenido esencial⁽²⁰⁾.

4.1 Declaración de zonas de mercado residencial tensionado

El artículo 18 LDV regula la declaración de «zonas de mercado residencial tensionado», una definición que determina el ámbito material de aplicación de las DF primera, segunda y quinta –relativas al control de precios del arrendamiento de vivienda–, los incentivos fiscales del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –en adelante IRPF– para el arrendamiento de vivienda, así como la suspensión de los lanzamientos y otras medidas de carácter procesal. Es competencia de la Comunidad Autónoma la solicitud al Gobierno de la nación de la declaración de zonas de mercado residencial tensionado, recordando que la norma no prevé ningún cauce de impugnación de la declaración de zonas de mercado tensionado. Ello puede conducir a que, mediante la acumulación de esta declaración a la congelación de rentas, sin posibilidad de impugnar dicha declaración y que la misma dependa de cada Comunidad Autónoma, se

(19) STC 79/2024, de 21 de mayo, RTC 2024\79.

(20) Nos remitimos a VERDERA SERVER, 2023, pp. 859-998 y SIMÓN MORENO, 2023, pp. 139-177.

ocasionen situaciones discriminatorias entre territorios, por el eventual tratamiento legal desigual frente a situaciones análogas respecto de la tensión en el mercado de arrendamiento de vivienda. En esta norma no se prevé que la declaración acumulada a la congelación de rentas se destine necesariamente a arrendatarios en situación de especial vulnerabilidad, conforme al artículo 14 LDV, sino que se dispone para que cualquier arrendatario, en atención al contexto de escasez de oferta de vivienda, acumulado a la declaración de mercado tensionado, pueda acceder a una vivienda.

El artículo 18 LDV realiza también una ampliación, respecto de su redacción inicial, de los criterios para la declaración de zonas de mercado residencial tensionado por parte de las Comunidades Autónomas; procederá dicha declaración si la carga media del coste mensual del arrendamiento o préstamo hipotecario, más los gastos y suministros básicos, superan el 30% de la renta media de la unidad familiar, o si el precio de la compraventa o arrendamiento de la vivienda se ha incrementado en tres puntos por encima del IPC en los cinco años anteriores. Además, se podrán aplicar los límites del índice de referencia de precios a las viviendas que no hayan sido arrendadas en los últimos cinco años, de acuerdo con la correspondiente declaración de zonas de mercado residencial tensionado.

Los posibles municipios afectados por esta medida, de momento solamente dispuesta en Cataluña, se sitúan en las grandes ciudades y sus áreas metropolitanas, siendo cuantitativamente inferiores a los que no se encuentran en zonas de mercado residencial tensionado, por lo que el alcance de la medida será limitado. Es necesario indicar que la combinación de plazos tan extensos de duración del arrendamiento de vivienda, con regímenes de control de rentas, ocasiona una disminución de la oferta de vivienda en arrendamiento, como ya sucedió con la prórroga forzosa y la congelación de la renta en las Leyes de arrendamientos urbanos de 1946, 1956 y 1964. El incremento y consolidación del arrendamiento como régimen de tenencia alternativo a la propiedad generalizada en España necesita una legislación estable, para la atención de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, y de cierta flexibilidad para quien requiera la satisfacción de una necesidad habitacional temporal, por motivos laborales o de otra índole.

La redacción del precepto establece una serie de excepciones, sujetas a una limitación máxima del 10% superior a la del último contrato en vigor en los últimos cinco años, si se «acreditan» –tras una enmienda del precepto– diversas circunstancias, a modo de incentivo positivo para el destino al arrendamiento de estas viviendas que no se ha considerado oportuno mantener. En primer lugar, cuando la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación finalizada en los dos años anteriores a la celebración del nuevo contrato, *ex* artículo 41.1 del Real



Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero⁽²¹⁾. En segundo lugar, cuando, en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento, se hubieran finalizado actuaciones de rehabilitación o mejora de la vivienda, con un ahorro de energía primaria no renovable del 30 % acreditable⁽²²⁾. En tercer lugar, cuando hubiesen finalizado actuaciones de mejora de la accesibilidad en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento. En cuarto lugar, cuando el contrato de arrendamiento se hubiese formalizado por un periodo mínimo de diez años, o se determinase un derecho de prórroga del arrendatario que le permita su extensión, con las mismas prestaciones, durante un periodo mínimo de diez años. La finalidad es que el arrendador se pueda resarcir de la inversión realizada en las viviendas, o compensar el incremento de precios en atención a la celebración de un arrendamiento de larga duración.

4.2 El control de rentas de las viviendas sitas en zona declarada de mercado residencial tensionado y los grandes tenedores de vivienda

El control de rentas previsto en la Ley 12/2023 es un *legal transplant* de lo dispuesto en septiembre de 2018 en el § 556 BGB como *Mietpreisbremse*, para los nuevos contratos de arrendamiento de vivienda, tras su aplicación en Berlín, así como a nivel global en otras ciudades como Nueva York, San Francisco, París, Copenhague o Estocolmo, entre otros. Este mecanismo ha fracasado donde se ha aplicado y, para ello, nos remitimos al último estudio publicado por el Prof. Dr. Kholodilin⁽²³⁾, también con lecciones para el *legal transplant* de este mecanismo en Cataluña, donde se ha aprobado nuevamente la aplicación de esta medida tras la declaración de zonas de mercado residencial tensionado. El control de rentas ocasiona diversos efectos negativos: la reducción de la oferta, con el consiguiente incremento del plazo de espera para los arrendatarios y aumento de la renta; la disminución de los *commuters* o la movilidad residencial, habitualmente por razones laborales; el aumento del coste oculto o no

(21) BOE de 31 de marzo de 2007.

(22) Esta acreditación se llevará a cabo mediante «certificados de eficiencia energética de la vivienda, uno posterior a la actuación y otro anterior que se hubiese registrado como máximo dos años antes de la fecha de la referida actuación».

(23) KHOLODILIN, 2024, pp. 1-19.

declarado sobre la renta de la vivienda; y, finalmente, la falta de ejecución de las obras de conservación necesarias y el deterioro de las viviendas, igual que sucedió con la prórroga forzosa acumulada a la congelación de la renta dispuesta en la LAU 1946, LAU 1956 y LAU 1964.

En cuanto a la modificación del artículo 17.6 LAU, se establece un control de rentas propio y generalizado para las viviendas sitas en zonas declaradas de mercado residencial tensionado⁽²⁴⁾. A estos efectos, se regularán las rentas de las denominadas zonas de mercado residencial tensionado, previa declaración por la Administración competente autonómica, donde se aplicará un control de rentas impropio para los contratos de arrendamiento en vigor, mediante la limitación permanente de su actualización, así como un control de rentas propio para los nuevos contratos. En este último caso, los límites de su actualización se establecerán dependiendo de la modalidad de contrato y propiedad, distinguiendo en función del arrendador: para los grandes tenedores, mediante un índice *ad hoc* de contención de precios y, con la previsión del siguiente punto hasta que no se apruebe dicho índice; y, para el resto de los arrendadores, a este mismo índice si la vivienda está sita en una zona de mercado residencial tensionado, o bien vinculando su indexación a la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que quepa fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de otros gastos.

Por lo que se refiere a los grandes tenedores de vivienda y la modificación del 17.7 LAU fruto de una enmienda, el sistema de índices de precios de referencia atenderá a las «condiciones y características de la vivienda arrendada y el edificio en que se ubique», remitiéndose a un desarrollo reglamentario de este sistema, y a los protocolos de colaboración e intercambio de datos con los sistemas de información estatales y autonómicos de aplicación. Esta misma limitación de los grandes tenedores se aplicará en los contratos de arrendamiento de viviendas sitas en zonas declaradas de mercado residencial tensionado durante la vigencia de dicha declaración, teniendo en cuenta que no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento en los cinco años anteriores.

La consideración cuantitativa de gran tenedor, referida al propietario de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de 1.500 metros cuadrados de uso residencial excluyendo garajes y trasteros, como dispone el artículo 3.1 k) LDV, necesita replantearse cualitativamente. Es desacertada la rebaja de la consideración de gran tenedor de vivienda de diez a cinco viviendas, si las Comunidades Autónomas

(24) AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, pp. 2875-2927.

acreditan zonas de mercado residencial tensionado, tras la tramitación parlamentaria de la norma, pues no cabe convertir *ex lege* en gran tenedor a quien no lo es: el propietario persona física que sea titular de cinco viviendas, como máxima expresión de los desajustes de criterios pretendidamente objetivos.

Asimismo, el establecimiento de un criterio cuantitativo debería precisar si se refiere al derecho de propiedad, como parece que se desprende del redactado, y tendría que excluir expresamente situaciones que pueden convertir en gran tenedor a quien no lo es, como la copropiedad y los derechos reales limitados, los bienes gananciales –considerando la teoría de la «comunidad diferida»–, o la herencia yacente. Es necesario mencionar que, hasta 2021, los grandes tenedores son propietarios de 98.639 viviendas, que representan un 4,4 % del total de viviendas arrendadas sobre un total de más de 2,4 millones⁽²⁵⁾. La distribución de las viviendas arrendadas por grandes tenedores corresponde a un 57 % en Madrid, y a un 11,5 % en Barcelona. Por tanto, objetivamente, los grandes tenedores no son un oligopolio en el mercado de arrendamiento de vivienda de España, que justifique esta política legislativa estatal, y, en Madrid, su intervención en el mercado tiene carácter mayoritario.

Hechas estas precisiones contextuales, la cantidad de viviendas no tiene que ir aparejada a su valor en el mercado, por tratarse ambos de parámetros variables y, por ende, no deben utilizarse para objetivar la asimetría negocial que las normas pretenden reequilibrar. Ello implica un tratamiento legal lineal e inadecuado para situaciones, a todas luces, desiguales, lo que entraña discriminación: el propietario de diez viviendas cuyo valor de mercado sea bajo; el propietario de menos de diez viviendas cuyo valor de mercado sea superior al del ejemplo anterior; y el gran tenedor que sea una persona jurídica y cuya actividad empresarial se refiera al sector inmobiliario. Las medidas relativas a los grandes tenedores deberían referirse al último supuesto, es decir, entidades financieras, filiales inmobiliarias y entidades de gestión de activos inmobiliarios, como se dispone en la legislación autonómica⁽²⁶⁾, y sin establecer el límite de diez viviendas,

(25) BUSINESS INSIDER, 2022.

(26) Se encuentra previsto en las leyes de vivienda de Andalucía, Navarra, Canarias, País Vasco, Comunidad Valenciana y Extremadura: artículo 5 de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, de Andalucía, *BOE* de 2 de noviembre de 2013; artículo 1 de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, *BOE* de 27 de julio de 2013; artículo 26 de la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda, *BOE* de 1 de julio de 2014; artículo 74.1 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, del País Vasco, *BOE* de 13 de julio de 2015; artículo 13 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, *BOE* de 22 de noviembre de 2004; y artículo 2 de la Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, *BOE* de 15 de mayo de 2019.

algo especialmente necesario en las zonas de mercado residencial tensionado. En suma, si el legislador apuesta por un tratamiento legal diferenciado de los grandes tenedores respecto de las personas físicas y jurídicas, su destinatario debería ser quien ostente, en términos cualitativos, una posición predominante en el mercado y cuya actividad empresarial sea la inmobiliaria, de manera análoga a la normativa imperativa de Derecho del consumo respecto de las entidades financieras.

5. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA GENTRIFICACIÓN DE LOS NÚCLEOS URBANOS

De los informes y estudios indicados, se desprenden las diversas medidas expuestas que pueden contribuir a mitigar los efectos de la gentrificación de los núcleos urbanos, principalmente por la turistificación y la escasez de inmuebles destinados al uso habitacional habitual, con la consiguiente expulsión y desplazamiento de sus residentes. El legislador estatal tenía la oportunidad de regular soluciones en esta materia en la Ley 12/2023, pero dedica dos medidas que materialmente provocan más gentrificación y reducción de la oferta de vivienda en los núcleos urbanos con más demanda residencial: la declaración de zonas de mercado residencial tensionado, aparejando a toda vivienda arrendada, con independencia de la condición de su propietario, el control de rentas. A los efectos de ofrecer verdaderas soluciones para reducir la gentrificación de los núcleos urbanos, especialmente aquellos que tienen más demanda residencial, y no expulsar materialmente a los ciudadanos que han venido residiendo en estos núcleos, deberían considerarse las medidas propuestas en los informes referidos, también a los efectos de garantizar en la ancianidad el denominado *aging in place*.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGELICH COMELLES, C., *Ley por el derecho a la vivienda*, segunda edición, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.
- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, I., «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 97, 2021.
- BUSINESS INSIDER, «¿Quiénes son los gigantes de la vivienda en España? CaixaBank, Testa o Latora aumentan su peso y ya tienen casi 100.000 pisos de alquiler», de 8 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.businessinsider.es/quienes-son-gigantes-vivienda-grandes-tenedores-pisos-alquiler-1008673>.



- CBRE, *Informe Living, datos de mercado*, 2023, disponible en: <https://www.cbre.es/insights/figures/datos-de-mercado-living-figures-segundo-trimestre-espana-2023>.
- CONSEJO DE EUROPA, *Gestión de la gentrificación*, 2020, disponible en: <https://rm.coe.int/gestion-de-la-gentrificacion-resumen-de-politicas/16809f9a7f>.
- EUROPEAN COMMISSION, *Exploring Anti-Gentrification Practices and policies in Southern European Cities*, 2017, disponible en: <https://cordis.europa.eu/project/id/625691?isPreviewer=1>.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La lenta pero imparable transmutación del arrendamiento de vivienda urbana: hacia un contrato aleatorio y regulado», *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, 2, 2024.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «Régimen jurídico de la vivienda protegida en la ley estatal de vivienda», *Revista De Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 57, 365-366, 2024.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Proyección de Hogares 2020-2035*, 2020, disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176954&menu=resultados&idp=1254735572981.
- KHOLODILIN, K., «Rent control effects through the lens of empirical research: An almost complete review of the literature», *Journal of Housing Economics*, vol. 63, 2024, disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1051137724000020>.
- MARENZANA, N. L.; GALLARDO, D.; VILLAVERDE, L. D., y HERRERO, M., «Descifrando las similitudes y diferencias entre gentrificación y turistificación», *Cuadernos de Turismo*, 53, 2024.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., y FLORES RODRÍGUEZ, J., «Accesibilidad universal y no discriminación en inmuebles residenciales de uso privado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 737, 2013.
- MINISTERIO DE FOMENTO, *Agenda Urbana Española*, 2019, disponible en: <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW061>.
- *Plan de Infraestructuras, transporte y vivienda PITVI (2012-2024)*, 2015, disponible en: <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/planes-estrategicos/2024/pitvi-2012/2024/plan-de-infraestructuras-transporte-y-viviend-pitvi-2012/plan-de-infraestructuras-transporte-y-viviend-pitvi-2012-2024>.
- MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA, DIRECCIÓN GENERAL DE VIVIENDA Y SUELO, *Observatorio de Vivienda y Suelo. Boletín especial Vivienda Social 2020*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, 2020, disponible en: <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW072>.
- NASARRE AZNAR, S., *El Proyecto de Ley de vivienda 2022*, Fedea, 11, 2022, disponible en: https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=actualidad&utm_campaign=estudio.
- NASARRE-AZNAR, S. (coord.), NASARRE-AZNAR, S.; FTÁCNİK, M.; LAMBEA-LLOP, N., y RASNACA, L., *Concrete actions for social and affordable housing in the EU*, Foundation for European Progressive Studies, Brussels, 2021, disponible en: https://www.feps-europe.eu/attachments/publications/social%20affordable%20housing_report.pdf.



- OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *España 2050*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021, disponible en: https://www.la-moncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf.
- ONU HABITAT, «El fenómeno de la gentrificación», 2022, disponible en: [https://onu-habitat.org/index.php/el-fenomeno-de-la-gentrificacion#:~: text=La%20 gentrificaci%C3 %B3n% 20sucede% 20cuando% 20un,de% 20 las%20%C3%A1reas%20de%20intervenci%C3%B3n.](https://onu-habitat.org/index.php/el-fenomeno-de-la-gentrificacion#:~:text=La%20gentrificaci%C3%B3n%20sucede%20cuando%20un,de%20las%20%C3%A1reas%20de%20intervenci%C3%B3n.)
- PONCE SOLÉ, J., «La lucha contra la discriminación residencial y el acoso inmobiliario», en PONCE SOLÉ, J., SIBINA TOMÀS, D., *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- SIMÓN MORENO, H., «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, 42, 2023.
- VERDERA SERVER, R., «*Pro Proprietate*. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 76, 3, 2023.

D. En particular, el uso turístico de la vivienda *

M.^a Nélica Tur Faúndez

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares
nelida.tur@uib.es*

Resumen: *El notable incremento de las viviendas de uso turístico en España pone de relieve la problemática que genera esta figura que, en los últimos tiempos, está provocando movilizaciones sociales. Este trabajo se centra en tres de los principales problemas que se plantean en torno a ellas y sus posibles soluciones: los que afectan a los residentes de la zona, los que afectan a los vecinos, cuando la vivienda se encuentra en un edificio en régimen de propiedad horizontal, y los que se derivan de la contratación del servicio por el consumidor por medio de plataformas digitales.*

Palabras clave: *Viviendas de uso turístico, turismo, propiedad horizontal, plataformas, gentrificación.*

* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

Abstract: *The notable increase in the number of housing for tourist use in Spain highlights the problems generated by this type of housing which, in recent times, has provoked social mobilisations. This paper focuses on three of the main problems that arise around them and their possible solutions: those that affect the residents of the area, those that affect the neighbours when they are in a Condominium Property, and those that derive from the contracting of the service by the consumer through digital platforms.*

Keywords: *Short-term rentals, tourism, gentrification, condominium property, digital platforms, gentrification.*

Sumario: 1. Introducción. 2. La vivienda de uso turístico. Marco normativo. 3. Problemas que afectan a residentes y diferentes soluciones. 4. Problemas que afectan a la convivencia vecinal. 5. Problemas derivados de la contratación con plataformas. 5.1 Reglamento de 1 de abril de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Según la oficina de estadística de la Unión Europea, España es el segundo país de Europa que registra más estancias en alquileres vacacionales, solo por detrás de Francia.

Los alquileres turísticos han crecido con fuerza en los últimos años. Después de que, durante la pandemia, muchos de los propietarios de este tipo de alojamientos los redirigiesen al alquiler residencial por el hundimiento del turismo, la vuelta de visitantes a las ciudades provocó, superado lo más duro del coronavirus, el trasvase inverso. A esto hay que añadir que la nueva Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, deja fuera de su ámbito los alquileres de temporada, por lo que no se ven afectados por las limitaciones en las actualizaciones de la renta o por las prórogas extraordinarias del contrato y esto ha provocado que muchos propietarios se decanten por esta modalidad de arrendamiento. Los alquileres de temporada han experimentado un incremento del 39% en el tercer trimestre del año (2023). De acuerdo con los cálculos del Instituto Nacional de Estadística, las principales plataformas online que comercializan viviendas turísticas (con o sin licencia) han puesto en el mercado este año (2023) una oferta total de 1,54 millones de plazas en toda España.

El uso de las redes sociales y la aparición de plataformas en línea (que intervienen de forma notable en la contratación de esta modalidad de alquiler) ha dado lugar a la proliferación del alquiler de viviendas turísticas, propiciando diferentes conflictos de intereses: entre los empresarios del sistema tradicional de alojamiento turístico (los hoteleros y los titulares de los pisos turísticos), por un lado, y los propietarios particulares y las plataformas de economía colaborativa, por otro y, todos ellos, con los residentes.

Se trata de una figura polémica. Los hoteleros ven en este segmento de oferta uno de sus mayores y crecientes competidores y reclaman una regulación mucho más estricta. Alegan que hay una gran diferencia normativa, dado que, a los parámetros de calidad de la oferta, la seguridad en el tráfico, los controles en el ámbito laboral, garantía para los consumidores, etc., son para el alquiler con fines turísticos mucho menos exigentes, hay escaso control de las autoridades sobre esta forma de alojamiento turístico y algunos hoteleros hablan incluso de competencia desleal⁽¹⁾.

Los propietarios, sin embargo, alegan que el derecho a la propiedad privada justifica esa forma de explotación, es una oportunidad de generar riqueza y desarrollo. Que el alquiler vacacional no pone en riesgo la economía ni la supervivencia de los hoteles, porque está destinado a clientes distintos, básicamente a un cliente familiar que busca la convivencia de toda la familia junta en un apartamento.

Para los residentes en general, el alquiler turístico genera otros problemas, como la dificultad de acceso a la vivienda por el aumento de los precios de los alquileres en las zonas en las que prolifera el alquiler vacacional, ya que los propietarios prefieren destinar sus viviendas a este tipo de alquiler por considerarlo más rentable; la dificultad de acceso a la vivienda en propiedad por parte de los residentes, debido a un aumento de los precios de venta, lo que unido al problema anterior, eleva el coste habitacional, provocando incluso, el abandono de las zonas por los residentes tradicionales, y dando lugar a la «gentrificación», es decir, la población originaria de un determinado lugar es desplazada por otra con mayor poder adquisitivo o por población de paso (también se ha denominado turistificación o síndrome de Venecia)⁽²⁾ (me remito sobre el particular, al capítulo correspondiente de esta misma obra), o incluso el aumento de la presión sobre el territorio, las carreteras, las infraestructuras, el medio ambiente, los recursos hídricos etc.

(1) ROMÁN MARQUEZ, A., «Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico, su exclusión de la Ley de arrendamientos urbanos», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 6, pp. 6 ss.; GUILLÉN NAVARRO, N., «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», en *Revista Aragonesa de la Administración Pública*, núm. 45-46, 2015.

(2) HERRERO SUAREZ, C., «Las viviendas de uso turístico: ¿Enemigo a batir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre, 2017, p. 151.

Lo anterior tiene como consecuencia una tendencia a limitar el alquiler vacacional, en especial en ciudades especialmente tensionadas. Así, Florencia ha tomado la decisión de prohibir los nuevos alquileres residenciales de corta duración en el centro histórico, con el objetivo de intentar liberar más viviendas para los residentes. Nueva York tomó una decisión muy similar y prohibió alquilar apartamentos para estancias menores a 30 días, únicamente podrían sacarse al mercado si el arrendador vive en el apartamento y está presente durante la estancia de los visitantes, que no podrán ser más de dos al mismo tiempo. El turismo descontrolado que ha surgido tras la pandemia se ha convertido en un problema global que se reproduce con la misma intensidad en España que en otros grandes destinos como Florencia, Venecia, Ámsterdam, París o Nueva York. Se adoptan diferentes medidas: tasas, restricciones a los cruceros, moratorias hoteleras... Como veremos, en España también se han adoptado medidas de ese tipo.

Además, se suelen generar conflictos de carácter vecinal cuando estos alquileres se llevan a cabo en comunidades de vecinos sometidas al régimen de propiedad horizontal. A todo ello hay que añadir que esta modalidad de arrendamiento se suele formalizar por medio de plataformas en línea, por lo que está presente la inseguridad jurídica propia de esta forma de contratación, debida a la falta de transparencia.

Me voy a centrar aquí en tres de los problemas que se derivan del alquiler turístico relacionados con la vivienda, que es el objeto de estudio de esta obra, dejando al margen los conflictos que pueden surgir entre los hoteleros y los arrendadores de viviendas turísticas:

- 1) Problemas que afectan a los residentes locales.
- 2) Problemas que afectan a la convivencia vecinal.
- 3) Problemas derivados a la contratación a través de las plataformas.

No obstante, es necesario previamente determinar qué es una vivienda de uso turístico y cuál es el marco normativo en el que nos hemos de desenvolver.

2. LA VIVIENDA DE USO TURÍSTICO. MARCO NORMATIVO

La terminología para referirse a este fenómeno es diversa: alquiler turístico, arrendamiento vacacional, viviendas de uso turístico, comercialización de estancias turísticas, alquiler de alojamientos de corta duración... Se trata de la entrada en el mercado turístico de viviendas de los particulares o



de una parte de ellas. En nuestro país, eminentemente turístico, siempre se ha dado el arrendamiento de temporada con fines turísticos. Pero no hay que confundir los apartamentos turísticos y las viviendas de uso o con fines turísticos, según la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la principal deferencia está en que la denominada vivienda de uso turístico es una vivienda destinada a un uso residencial, que puede pertenecer a un particular, y que incluso se puede encontrar en una comunidad de vecinos (caso de pisos en edificios plurifamiliares), mientras que los apartamentos turísticos están destinados a un uso de servicios de alojamiento, ocupando normalmente todo un edificio destinado a este fin. Estos últimos, además, deben cumplir con unos requisitos adicionales, como poseer una recepción y zonas comunes, y se clasifican por categorías (indicadas habitualmente con el número de llaves que se le asignan).

Sin embargo, no es fácil dar un concepto de viviendas de uso turístico. En el Derecho español, el marco legal es muy cambiante, complejo, variado y disperso, una auténtica maraña legal, en la que se entrecruza la normativa estatal, la autonómica y la municipal, y dificulta la unificación terminológica y conceptual⁽³⁾. Nos detendremos, a continuación, en ese marco normativo.

Tradicionalmente la Ley de Arrendamientos Urbanos había dado cobertura legal a estos sistemas de alojamiento turístico, dentro del arrendamientos de temporada, pero la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del alquiler de viviendas, excluye del ámbito de aplicación de la LAU algunos arrendamientos de uso turístico. ¿Cuáles son los arrendamientos excluidos y qué normativa se les aplica? la cuestión no resulta sencilla, es necesario analizar la normativa al respecto de las diferentes comunidades autónomas junto con la normativa estatal y observamos que hay notables diferencias entre ellas. La respuesta a estas cuestiones resulta imprescindible para poder determinar cuál es el ámbito objetivo del contrato, esto es, para saber qué tipo de viviendas pueden ser viviendas con fines turísticos, o de uso turístico.

Tal y como expresa la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, de 4 de junio, el incremento del uso turístico en los alojamientos privados puede dar cobertura a situaciones de intrusismo y de competencia desleal, lo que podría ir en detrimento de la calidad del turismo. Con la finalidad de que puedan ser regulados por la normativa sectorial, la reforma excluye estos arrendamientos de su regulación y señala que en el caso de que no se produzca esta regulación sectorial, se regirán por las normas de la LAU sobre el arrendamiento de temporada.

(3) MARTÍNEZ NADAL, A. «Sobre el cambiante y divergente concepto de alquiler turístico en el Derecho español», *Diario La Ley*, núm. 9712, octubre de 2020, p. 4.

En efecto, el artículo 5 de la LAU entre los arrendamientos excluidos de la aplicación de la Ley incluye:

e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística.

Según dispone el artículo 3 LAU los arrendamientos de temporada tendrán la consideración de arrendamiento para uso distinto de vivienda y, por lo tanto, se rigen por lo dispuesto en su Título III. Pero se excluyen aquellas cesiones temporales que reúnan los siguientes requisitos:

1. Se ceda el uso de la totalidad del inmueble.
2. Se trate de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediata.
3. Se haya comercializado o promocionado en canales de oferta turística.
4. Realizada con finalidad lucrativa.
5. Estar sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial.

La redacción del precepto nos da a entender que es necesaria la concurrencia de todos estos requisitos para que esos arrendamientos queden excluidos de la LAU, la falta de alguno de ellos implica, pues, que se registrarán por el Título III como arrendamientos para uso distinto de vivienda salvo que haya alguna regulación específica para ese tipo de cesiones de uso.

El precepto remite la regulación del alquiler de viviendas para uso turístico a la normativa turística, que dada la asunción de competencias que han realizado las comunidades autónomas sobre la materia, será esencialmente autonómica. Sin embargo, únicamente para los casos en que exista ese régimen específico, pues en los casos en que no exista régimen específico derivado de la normativa sectorial turística, la norma aplicable será la LAU, aplicándose las previsiones para el arrendamiento para uso distinto al de vivienda.

La doctrina⁽⁴⁾ ha reiterado que la reforma en este punto era completamente innecesaria porque lo que ocurría antes de la misma era exactamente eso: que estos arrendamientos se regían por la normativa sectorial específica,

(4) CARRASCO PERERA, A., «Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de los arrendamientos de viviendas» en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, núm. 4, 2012, p. 121; CAMPUZANO TOMÉ, H., «El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 749, mayo 2015, p. 1208.

cuando existía y, en caso contrario, por el régimen de los arrendamientos de temporada. Y es que las competencias que en virtud de lo dispuesto en el artículo 148.1.18 CE tienen las diferentes Comunidades Autónomas en materia de turismo, permiten que todos aquellos contratos generados en el ámbito turístico queden sometidos al control y potestad sancionadora de la correspondiente Comunidad Autónoma, excluyéndose dicho control de la regulación de la LAU. Lo único que se hace con la reforma es reconocer expresamente el sometimiento a la normativa turística autonómica correspondiente de estos contratos, cosa que ya era así de facto.

Así pues, resulta imprescindible analizar la normativa autonómica para poder concretar cuál es el objeto del contrato objeto de estudio, sin dejar de tener presente la redacción del artículo 5 de la LAU, ya que cuando no haya regulación autonómica sobre ello, se aplicará la LAU.

Me voy a centrar en cinco comunidades autónomas que creo que son las más representativas, por su importancia como zonas receptoras de turismo. El rango de las normas que regulan la cesión de viviendas para uso turístico suele ser administrativo, el Decreto, aunque no ocurre así en Baleares o Cataluña que se regula con rango de Ley. Andalucía se rige por el Decreto 28/2016 de 2 de febrero de las viviendas con fines turísticos, recientemente modificado por el Decreto 31/2024, de 29 de enero, de viviendas de uso turístico; Baleares regula la materia en la Ley 6/2017 de 31 de julio, recientemente modificado por el Decreto Ley de 2 de octubre de 2023 de lucha contra el alquiler turístico ilegal; Canarias dedica el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, a lo que denomina viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma; en Madrid es de aplicación el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, La Comunidad Valenciana promulgó el Decreto 10/2021, de 22 de enero del Consell, que es el reglamento regulador del alojamiento turístico; y, por último, Cataluña con su reciente Decreto Ley de 7 de noviembre 2023, de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico.

En todas estas normativas existen puntos en común, que voy a destacar a continuación:

En primer lugar, el concepto de alquiler vacacional que debe tener por objeto un inmueble destinado a uso residencial que, además debe estar completamente equipado y en condiciones de uso inmediato. Es decir, ha de estar amueblado y el equipamiento debe consistir, como mínimo, en el suministro de ropa de cama y el menaje correspondiente (manteles, toallas...).

Además, la cesión de la vivienda debe ser de carácter oneroso y el arrendamiento debe comprender la totalidad de la vivienda (únicamente

la norma andaluza admite el arrendamiento parcial de parte de la vivienda (lo que contradice lo dispuesto en el art. 5.e) de la LAU que exige que la cesión temporal de uso sea de la totalidad de la vivienda.

Por lo que respecta a la duración máxima de la cesión, las regulaciones estudiadas adoptan criterios diferentes: Andalucía ha optado por fijar límites máximos a la cesión de dos meses, en Baleares las estancias no pueden ser superiores a un mes, Canarias, Madrid y País Valenciano, no establecen ningún límite.

Por último, la inscripción en un registro sectorial específico es también una exigencia común impuesta por la totalidad de las regulaciones. La cautela con la que se contempla el fenómeno y la necesidad de establecer un control inicial que permita comprobar el cumplimiento de los requisitos administrativos es lo que la justifica. En muchos casos, la inscripción en el registro se inicia mediante una declaración responsable, como ocurre en Madrid, Valencia o Baleares. Y todas las normas prevén el establecimiento de un régimen disciplinario de inspección y, en su caso, imposición de sanciones.

Sin embargo, a pesar de las diferentes normas que regulan el fenómeno del alquiler vacacional, la figura sigue planteando problemas, nos tendremos, a continuación, en algunos de ellos y en las soluciones que se barajan para hacerles frente.

3. PROBLEMAS QUE AFECTAN A RESIDENTES Y DIFERENTES SOLUCIONES

La característica general en todas las regulaciones es la preocupación por evitar fenómenos no deseables derivados del exponencial incremento de alojamientos de uso turístico, que está mermando el mercado del alquiler residencial en zonas céntricas de grandes ciudades especialmente tensionadas, dado el enorme impacto de esta actividad sobre la configuración y la convivencia social de los barrios. Todo ello afecta directamente a la falta de viviendas de alquiler y tiene efectos significativos sobre el medio ambiente y los recursos energéticos y, también, dificulta el acceso a la vivienda en propiedad por los residentes, pues los precios de venta aumentan de forma considerable. En definitiva, las diferentes regulaciones pretenden dar solución al primero de los problemas que hemos apuntado que afecta a los residentes, pero también hay preocupación por proteger a la empresa tradicional turística.

Hay que tener presente que, además de las competencias que tienen las Comunidades Autónomas en materia de ordenación turística, gestión

de registros de empresas y actividades turísticas, autorización de alojamientos, etc., los Ayuntamientos, Consejos insulares y Cabildos se encargan de la ordenación territorial y, por lo tanto, completan el marco jurídico al regular cómo actuar sobre el territorio. Por ese motivo, el alquiler turístico en zonas de elevada concentración turística ha sido sometido a regulaciones restrictivas, que han sido y están siendo enormemente controvertidas.

De este modo, el Ayuntamiento de Madrid ha puesto en marcha en abril de 2024 un plan de choque contra las viviendas de uso turístico que, entre otras medidas, prevé la suspensión temporal de la concesión de licencias y el cese de autorizaciones para transformar locales comerciales en apartamentos turísticos en el distrito Centro (aunque no entrará en vigor hasta que se apruebe la normativa urbanística, cosa que se prevé que tendrá lugar en 2025).

A finales de mayo del mismo año, se ha aprobado en Valencia una moratoria para suspender durante un año la concesión de licencias, mientras se prepara una nueva regulación por el Ayuntamiento (el Ayuntamiento ya había suspendido previamente las licencias en algunas zonas de la ciudad).

Gijón y San Sebastián también han suspendido la concesión de licencias con la intención de regular el fenómeno, mientras el parlamento de la Comunidad Asturiana prepara una Ley nueva que pretende prohibir el alquiler por habitaciones, exigir autorización de las comunidades de vecinos, dar más poder a los ayuntamientos y reforzar las multas.

En Palma de Mallorca los alquileres vacacionales fueron prohibidos en 2018, salvo aquellos que eran casas aisladas, chalés o viviendas unifamiliares, pero para este año 2024 el Ayuntamiento ha anunciado nuevas medidas, como la prohibición de crear nuevos alquileres vacacionales, limitar los cruceros y los coches de alquiler (habrá que ver si se llevan a cabo y cómo se hace). En el resto de Mallorca, algunos municipios permiten el alquiler vacacional. De todos modos, en las Islas Baleares, la Ley 3/2022, de 15 de junio de modificación de la Ley de Turismo de las Islas Baleares suspendió las licencias para nuevas plazas de alojamiento turístico (con algunas excepciones) por un plazo de cuatro años (hasta el año 2026), periodo en el cual los *Consells* insulares deberán desarrollar sus propios requisitos y planes para la asignación de plazas y las oportunas licencias.

En Canarias el parlamento autonómico rechazo en abril de 2024 implantar una moratoria a los pisos turísticos, aunque se está tramitando una nueva ley que permitiría a las comunidades de vecinos prohibir la creación de pisos turísticos en sus edificios, entre otras medidas.

En Barcelona el Ayuntamiento tiene competencia para decidir sobre los alquileres turísticos y ha realizado diversas actuaciones restrictivas, como la suspensión de la concesión de licencias turísticas en zonas tensionadas,



duras inspecciones de turismo y en diciembre de 2021 se aprobó un plan de alojamientos turísticos que prohíbe alquilar habitaciones turísticas por periodos de 31 días o menos. Desde entonces, la concesión de nuevas licencias turísticas está prácticamente paralizada en Barcelona. Pero durante el mes de junio de 2024, el alcalde de Barcelona ha anunciado una de las medidas más drásticas que, hasta la fecha, se han adoptado en España sobre esta cuestión: eliminar las viviendas turísticas para el año 2029.

Pero ¿están justificadas estas regulaciones restrictivas? No podemos perder de vista que existen diferentes intereses en juego y nuestros tribunales intentan ponderar de forma equitativa todos esos intereses, como sostiene la STS de 24 de septiembre de 2019 (ECLI: ES: TS:2019:2853). Especial interés tiene la STJUE de 22 de septiembre de 2020 que se pronuncia sobre si está justificada una norma francesa que establece un sistema de autorización para los alojamientos turísticos. Entre otras, se planteó una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del sistema de autorización de las normativas nacionales con la Directiva de servicios.

El Tribunal señaló que un régimen de autorización que es restrictivo de la libre prestación del servicio debe cumplir los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 1, de la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior, tanto en el artículo 9.1⁽⁵⁾, es decir, estar justificado por una razón imperiosa de interés general⁽⁶⁾ y ser proporcionado, como señala el artículo 10.2⁽⁷⁾, esto es ser proporcionado a dicho objetivo

(5) «Regímenes de autorización.

1. Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata;
- b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;
- c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».

(6) Señala FERRER GUARDIOLA, J. A., *El régimen de la vivienda de uso turístico como manifestación de la «nueva propiedad»*, Valencia 2024, p., 594, que las razones imperiosas de interés general más alegadas por los entes locales son la protección del medio ambiente y el entorno urbano. Sin embargo, la referencia que hace el precepto a «objetivos de la política social y cultural» actúa como un cajón de sastre en manos de las Administraciones Públicas competentes a la hora de ordenar las viviendas de uso turístico.

(7) «2. Los criterios contemplados en el apartado 1 deberán reunir las características siguientes:

- a) no ser discriminatorios;
- b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general;
- c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general;
- d) ser claros e inequívocos;
- e) ser objetivos;
- f) ser hechos públicos con antelación;
- g) ser transparentes y accesibles.»

de interés general, claro inequívoco y objetivo, ser hecho público con antelación y ser transparente y accesible.

La normativa francesa establece ese régimen de autorización previa para el alquiler turístico en ciertos municipios en los que hay escasez de viviendas destinadas al arrendamiento, se pretende con ello garantizar una oferta suficiente de viviendas para arrendamientos de larga duración y a precios asequibles, lo que el Tribunal de Justicia considera que constituye una razón imperiosa de interés general en el sentido de la Directiva 2006/123, y proporcionada al objetivo perseguido, porque se circunscribe al a una determinada actividad de alquiler y su ámbito geográfico está limitado.

Los tribunales españoles han recogido los criterios sentados por el TJUE⁽⁸⁾, en este sentido la STS de 19 de noviembre de 2020 (ECLI: ES: TS:2020:3842) en la que se discute sobre un acuerdo del Pleno del ayuntamiento de Bilbao en el que se introducían una serie de exigencias a las viviendas de uso turístico para poder operar como tales. El Tribunal Supremo, con cita expresa de la anteriormente citada STJUE dice que «es evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que la intervención normativa municipal estaba más que legitimada por cuanto tal intervención –ubicando la vivienda de uso turístico en el ámbito urbanístico equipamental de la ciudad de Bilbao– iba claramente, y sin duda, dirigida a la protección del *derecho a la vivienda*, digna y adecuada, en los términos requeridos por la Constitución española así como al control del denominado, por la Directiva de Servicios, *entorno urbano*. Estos dos conceptos permiten, sin duda, entender que nos encontramos –en supuestos como el de autos ante “una razón imperiosa de interés general” que habilita a la Administración local», para someter a las VUT a cumplir con los requisitos que se cuestionan.

La STS de 26 de enero de 2021 (ECLI: ES: TS:2021:210) se pronuncia de forma semejante cuando se impugna un Plan especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico, aprobado por el Ayuntamiento de Barcelona, reitera los argumentos de la STS de 10 de noviembre de 2020 y afirma que «es evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que la intervención normativa municipal estaba más que legitimada por cuanto tal intervención... iba claramente, y sin duda, dirigida a la protección del “derecho a la vivienda”, digna y adecuada, en los términos requeridos por la Constitución española así como al control [...] del denominado, por la Directiva de Servicios, “entorno urbano”».

(8) Véase MARTÍNEZ NADAL, A, «Alquiler turístico y restricciones legales: el derecho a la vivienda como causa justificativa (A propósito de la STJUE de 22 de septiembre de 2020 y su recepción en la jurisprudencia española)», en *Diario La Ley*, núm. 9873, junio de 2021, pp. 13 ss.

En definitiva, la tendencia de la jurisprudencia tanto europea como española, es la de interpretar el concepto de «razón imperiosa de interés general» para valorar la legalidad de la normativa turística y urbanística que regula las viviendas de uso turístico, considerando el derecho a la vivienda como causa justificativa de restricciones a esa actividad económica⁽⁹⁾. Quizás el problema se encuentre en determinar cuál es el límite a estas restricciones⁽¹⁰⁾.

4. PROBLEMAS QUE AFECTAN A LA CONVIVENCIA VECINAL

Para resolver los problemas de convivencia entre los vecinos hay que recurrir a la normativa sobre propiedad horizontal. El ordenamiento jurídico español, tiene presente que el alquiler de una vivienda para uso turístico afecta de forma directa a otros intereses privados, concretamente a los de los copropietarios del resto de las viviendas que se encuentren en el mismo edificio o urbanización de la vivienda ofertada en alquiler turístico. La falta de una norma estatal que resolviera de forma clara el problema obligó a recurrir a la LPH. El fenómeno del alquiler vacacional se ha venido considerando como una actividad molesta para los demás propietarios, incluso se ha entendido que esta actividad tenía como consecuencia un uso excesivo de los elementos comunes. En muchas ocasiones, las reclamaciones se incardinaban en el artículo 7.2 LPH, que impide al propietario llevar a cabo actividades prohibidas en los estatutos o dañosas para la finca, que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Además, las comunidades de vecinos adoptaban acuerdos para la prohibición de pisos turísticos que generaban dudas sobre su validez porque se trataba de restricciones del derecho a la propiedad privada y porque afectaban al título constitutivo y ello exigiría la unanimidad para adoptar estos acuerdos.

El RD ley 7/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler pretende, según su Preámbulo, promover la vivienda (y se encuentra) y entre las causas que habían provocado la falta de vivienda para alquiler residencial, se encuentra el fenómeno del alquiler turístico.

(9) MARTINEZ NADAL, A., «Alquiler turístico...», cit., p. 17.

(10) En este sentido, se ha mantenido que estos acuerdos limitativos de derechos han de ponderarse adecuadamente conforme a los principios de proporcionalidad, necesidad y no discriminación (arts. 3 y 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, debiendo justificar, en cada caso concreto, los motivos por los que la decisión adoptada es la menos lesiva de cuantas pudieran adoptarse. VALENTIN, J., «La cuestionable legalidad de las moratorias municipales a las viviendas turísticas», en *Diario La Ley*, 3 julio 2024, p. 5.

El Real Decreto introdujo un número 12 en el artículo 17 LPH que pretendía resolver estos problemas, al decir «Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes reglas:

12) El acuerdo por el que **se limite o condicione** el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos».

Esto es, se exigía la mayoría cualificada para aprobar un acuerdo que limite el destino de la vivienda a usos turísticos, pero también cuando condiciona dicho destino incrementando, por ejemplo, la participación en los gastos comunes.

El precepto hacía referencia a la normativa sectorial turística, que puede ser de carácter autonómico ya que las Comunidades Autónomas tienen asumidas estas competencias. La compatibilidad entre ambas normativas se produce porque la concesión de licencias administrativas para los alquileres turísticos que estén en un complejo inmobiliario iba, en muchos casos, condicionada a que en el título constitutivo o en los estatutos no hubiera prohibición clara y expresa de tal actividad.

Sin embargo, ante la redacción del número 12 del artículo 17 LPH la doctrina se planteó qué es lo que había que entender por acuerdo que limite o condicione el ejercicio de la actividad y 2) Cuál era el *quorum* en los acuerdos adoptados en la junta de propietarios.

La redacción del precepto dió lugar a diferentes posiciones doctrinales sobre cuáles son los acuerdos que exigen esas tres quintas partes para su aprobación. Por un lado, se defendió que, atendiendo al tenor literal del precepto, no era posible la limitación o prohibición absoluta de pisos turísticos⁽¹¹⁾, que vulneraría el derecho a la propiedad privada, salvo que se justifique que el alquiler turístico perjudica el interés general, en definitiva, que haya una

(11) GOMÁ LANZÓN, F., «Limitación del uso turístico de las viviendas en el RD ley 21/2018, de 14 de diciembre» en www.hayderecho.com, 22 de enero 2019, <https://www.hayderecho.com/2019/01/21/limitacion-del-uso-turistico-de-las-viviendas-en-el-rdley-21-2018-de-14-de-diciembre/>, y FERRER GUARDIOLA, J. A., *El Régimen de la vivienda...*, cit., p. 300.

causa justa que la respalde. Otros autores⁽¹²⁾, mantenían una posición favorable a la prohibición absoluta de pisos turísticos conforme a una interpretación teleológica, pues si la razón general del Decreto Ley 21/2018 era incentivar el mercado de la vivienda para su compraventa o alquiler, y se consideró que uno de los actuales obstáculos para ellos era el fenómeno del alquiler turístico, parece conforme al espíritu de la ley la posibilidad de prohibirlo⁽¹³⁾. La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 de junio de 2020 y otras posteriores (de 5 de noviembre de 2020, o de 22 de enero de 2021) se han manifestado en este último sentido.

Hasta octubre de 2024 el Tribunal Supremo no se había pronunciado expresamente sobre la interpretación del artículo 17.12 LPH, pero había reconocido que la actividad de alquiler turístico es una actividad económica y desempeñar esta actividad exige «la prestación de servicios y la asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de las viviendas para uso turístico que determinan que la actividad y la prestación del servicio turístico se desarrolle en la propia vivienda» (STS de 29 de noviembre de 2023 ECLI: ES: TS: 2023:5199). Así pues, estos inmuebles «si bien están destinados a residencia de los usuarios, en ellos también se lleva a efecto una actividad empresarial publicitada en el mercado turístico» (STS de 27 de noviembre de 2023 ECLI: ES: TS:2023:5197).

El alquiler turístico, según estas sentencias, además de suponer una actividad por la que se ofrece alojamiento, por motivos turísticos o vacacionales, de forma temporal a cambio de una contraprestación económica, «implica la prestación de una serie de servicios y la asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de las viviendas de uso turístico que determinan que la actividad y la prestación del servicio turístico se desarrolle en la propia vivienda».

En las dos sentencias mencionadas la comunidad de propietarios tenía incluido en sus estatutos una cláusula en la que se prohibía llevar a cabo actividades económicas en las viviendas, por lo que, sin necesidad de recurrir a lo dispuesto en el número 12 del artículo 17 de la LPH, se

(12) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Pisos turísticos y comunidades de vecinos (Comentario al artículo 17,12 de la Ley de Propiedad Horizontal)*, Madrid 2022, pp. 108 ss.

(13) Respecto a los acuerdos adoptados por la junta de propietarios sobre la prohibición de alquiler de viviendas para uso turístico, dice Cerdeira, que han de adoptarse por mayoría tres quintos, y se ha planteado si en tal mayoría ha de exigirse el consentimiento expreso del vecino que pueda verse afectado por el acuerdo limitador o condicionante de la actividad turística que tal vecino venía realizando antes en su piso, pues tal acuerdo está afectando a su derecho de propiedad. Sin embargo, puesto que el mismo precepto establece que tales acuerdos no tendrán efectos retroactivos hay que entender que un vecino en tal situación no podrá verse perjudicado. En cuanto a adquirentes posteriores al acuerdo de la comunidad de propietarios, se verán afectados por la prohibición siempre que éste se haya inscrito en el Registro de la propiedad. De este modo, si el acuerdo no si el acuerdo no está inscrito el nuevo adquirente no estará vinculado por él, por el principio de inoponibilidad frente a terceros de lo no inscrito. *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Pisos turísticos...*, cit., p. 149 y193.

ordenó la cesación de la actividad de alquiler turístico o vivienda de uso turístico. Así pues, aquellas comunidades de propietarios que en sus estatutos hubieran incluido la prohibición de realizar actividades económicas en las viviendas, podrían excluir el ejercicio de la actividad de alquileres de viviendas de uso turístico por cualquier vecino.

En mes de octubre de 2024, el Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias que van más allá.

Las Sentencias del Tribunal Supremo Pleno 1232/2024 de 3 octubre 2024, y 1233/2024 de 3 octubre 2024, realizan, por primera vez, una clarificadora interpretación del artículo 17,12 LPH, pronunciándose sobre si la prohibición de desarrollar las actividades turísticas a las que se refiere el artículo 5 e) de la LAU en una comunidad de propietarios ha de adoptarse por mayoría de tres quintos o por unanimidad de los propietarios.

Se parte de la idea de que prohibir el uso de elementos privativos en el régimen de propiedad horizontal no es contrario al artículo 33 de la Constitución, pues obedece a la función social de la propiedad, dado que es una aspiración legítima de la comunidad de propietarios la evitación de potenciales molestias para el resto de los vecinos y de posibles conflictos de convivencia entre propietarios y ocasionales usuarios.

En las dos sentencias se realiza una interpretación de la expresión «límite o condicione» que se incluye en el artículo 17.13 LPH y que, como hemos visto, es controvertida. Vamos a detenernos brevemente en ellas:

De acuerdo con el artículo 3.1 CC, relativo a la interpretación de las normas, sostienen que si se adoptase el criterio gramatical, el término «limitar» no excluye «prohibir». Sin embargo, puesto que el precepto citado otorga preminencia al espíritu y finalidad de las normas, hay que proceder a una interpretación teleológica. La jurisprudencia suele atender a preámbulos o exposiciones de motivos, que suelen aclarar la razón de ser de una norma. En el preámbulo del RDL 7/2019, de 1 de marzo se justifica la adopción de medidas urgentes ante las dificultades actuales de acceso a la vivienda de alquiler como consecuencia, entre otros motivos, del alquiler turístico. Se propicia, pues la interpretación de que la limitación del alquiler turístico incluya su prohibición. El TS considera que la atribución de la facultad de prohibición con la mayoría reforzada es una medida proporcionada a los intereses en conflicto.

Para terminar, concluyen que sería contradictorio con las últimas modificaciones de la LPH, someter la prohibición de los alquileres turísticos al régimen de unanimidad, pues sería tanto como hacerla imposible, ya que bastaría el voto en contra del propietario del piso en el que se pretende ejercer la actividad para impedirlo.

La polémica queda finalmente resuelta cuando la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, añade un párrafo 3º al art. 7 LPH exigiendo la aprobación

expresa de la comunidad de vecinos para llevar a cabo la actividad prevista en el art. 5 letra e de la LAU.

Esta aprobación, según exige el art. 17.12 LPH, requerirá el voto favorable de las 3/5 partes de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 partes de cuotas de participación.

5. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA CONTRATACIÓN CON PLATAFORMAS

La contratación mediante plataformas en línea se caracteriza porque se produce una relación a tres bandas: el prestador de servicios (en el caso del alquiler turístico, puede ser el titular de la vivienda, que también recibe el nombre de anfitrión) ofrece unos servicios a un turista a través de una página web, mediante una plataforma *on line*; por otro lado, el turista que disfruta del servicio proporcionado por el anfitrión pero que ha accedido al mismo a través de la plataforma. Hay, pues, tres sujetos implicados y es necesario delimitar el papel que juegan, qué obligaciones y derechos surgen para cada uno de ellos, cuál es la relación jurídica que existe entre estos sujetos.

En un sector como el del alquiler turístico, en el que la oferta ilegal es enorme, piénsese que según Hosteltur (en octubre de 2023) la oferta ilegal de alquiler turístico es del 90 % del alquiler real, es especialmente relevante saber quién de esos sujetos será el responsable cuando en la plataforma se ofrece un alquiler ilegal.

Dado que la LSSICE exonera de responsabilidad por la información que alojan a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que actúan como meros intermediarios, es claro, que a los efectos de determinar la responsabilidad en que puedan incurrir las plataformas digitales ante la oferta ilegal de alquiler turístico, resulta imprescindible tener presentes criterios que nos permitan distinguir si actúan como prestador de servicios de la sociedad de la información o como prestador del servicio subyacente, la falta de regulación sobre este aspecto genera inseguridad jurídica por lo que vamos a detenernos en cómo se ha venido resolviendo esta cuestión en la práctica.

La consideración de una plataforma digital turística como un servicio de la sociedad de la información puede tener importantes consecuencias prácticas como ocurre en la STJUE 19 diciembre 2019, en el *caso c- 390/18 Airbnb Irlanda IC, Hôtelière Turense Sas, Association pour un hégémonie et un Tourisme professionnel (AHTOP)*, que afirma que Airbnb Ireland no ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento y por ello procede calificar la actividad de esta plataforma como «de «servicio de la sociedad de la información» comprendi-

do en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE, de forma que su actividad es un servicio de intermediación entre los titulares del alojamiento y quienes quieren utilizar los servicios de alojamiento. En consecuencia, se verán exonerados de la responsabilidad por la información que alojan si se dan las circunstancias exigidas por la LSSI.

A nivel nacional, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado sobre si se le exige a la plataforma un deber de control o supervisión de la licitud de las ofertas de alojamiento que se publicitan en su web, afirmando que la plataforma, dada su naturaleza de prestador de servicios intermediario, no está obligada a mencionar el número de registro en la publicidad de los alojamientos turísticos, en este sentido se ha pronunciado, entre otras, la STS 30 diciembre 2020 (ECLI: ES: TS:2020:4484).

Pero esta exoneración de responsabilidad de las plataformas en línea unida a la opacidad que existe cuando un usuario contrata un alquiler turístico a través de sus servicios ha provocado la necesidad de generar seguridad y confianza en los destinatarios del servicio de las plataformas ya que, como hemos dicho, en el ámbito del alquiler turístico la oferta ilegal es enorme. El Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), que es de aplicación en las relaciones entre empresarios y plataformas en línea, aunque parte de la idea de la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, establece una serie de obligaciones de diligencia debida para los prestadores de plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, entre ellas se encuentra la trazabilidad, que exige a las plataformas, antes de autorizar al empresario el uso de sus servicios, que les solicite cierta información (identidad, localización y certificación acreditativa de que el servicio ofrecido cumple con la normativa aplicable)⁽¹⁴⁾. Sin embargo, en el sector del alquiler de alojamientos de corta duración los anfitriones suelen ser particulares que no encajan en el concepto de comerciantes según el Derecho de la Unión, y no les resulta aplicable lo dispuesto en el Reglamento de Servicios Digitales.

La situación de los usuarios de las viviendas de uso turístico es de gran inseguridad jurídica, ya que desconocen si cuando contratan a través de la plataforma están contratando un arrendamiento ilegal. Ante esta situación la Unión Europea ha aprobado un Reglamento que permite regular los contratos de arrendamiento de corta duración con independencia de quienes sean los anfitriones y en España, el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre

(14) Véase sobre el particular, TUR FAÚNDEZ, M. N., «¿Se quedó corto el Reglamento (UE) 1150/2019? Los deberes de transparencia previstos en el RSD y los RMD para las relaciones de las plataformas en línea con los profesionales», en *Equidad y transparencia en plataformas de alojamiento hotelero en España*, Barcelona 2024, pp. 140 ss.

por el que se regula el procedimiento de Registro único de Arrendamientos y se crea la ventanilla única digital, se desarrolla el Reglamento. Expondremos, a continuación, sus principales rasgos.

5.1 **Reglamento de 1 de abril de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724**

El alquiler de corta duración está cada vez más regulado a nivel nacional, regional y local, se han tomado medidas para mejorar la transparencia, se ha exigido registrar estas actividades para que las autoridades tengan conocimiento de qué anfitriones alquilan sus propiedades, incluso se ha solicitado a las plataformas en línea que proporcionen datos sobre los anfitriones y sus actividades. Sin embargo, la actividad de las plataformas en línea se desarrolla de manera transfronteriza y eso dificulta enormemente el control por las autoridades públicas.

El Reglamento Europeo sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alojamiento de corta duración por el que se modifica el Reglamento UE 2018/1724, tiene como objetivo fundamental armonizar y mejorar la generación y el intercambio de datos sobre el alquiler de alojamiento de corta duración en toda la Unión Europea y aumentar la transparencia en el sector del alquiler de alojamientos de corta duración, No hay oposición de las grandes plataformas *Air BNB* afirma que facilitará que las autoridades locales dispongan de los datos necesarios para regular de manera justa el turismo) *Guest Ready* también se ha pronunciado en ese sentido.

Para lograr sus objetivos la propuesta de Reglamento, que está en vigor, pero que será aplicable a partir del 20 de mayo de 2026 (por lo que plataformas, anfitriones y Estados miembros deben llevar a cabo las actuaciones necesarias para que ello sea posible), atribuye obligaciones a los Estados miembros, a las plataformas y a los anfitriones. Veremos, a continuación, cuáles son las principales:

a) *Obligaciones para los Estados Miembros*

1. Se pretende la armonización de los sistemas de registro establecidos a nivel nacional, regional o local exigiendo a los Estados miembros que



velen por que los procedimientos de registro se basen en las declaraciones de los anfitriones, permitan la expedición automática e inmediata de un número de registro para cada unidad específica tras la presentación de la información que se le exige al anfitrión, se disponga de medios técnicos para evaluar la validez de los números de registro... etc. (art. 4 del Reglamento). Este número de registro es un identificador único de la unidad alquilada y debe poder garantizar que los datos recogidos e intercambiados por las plataformas se atribuyan adecuadamente a los anfitriones y unidades. El número de registro se incluye en un Registro público que será fácilmente accesible.

2) Las autoridades competentes podrán verificar la declaración y cualquier documentación justificativa presentada por el anfitrión en cualquier momento tras la expedición del número de registro. Si no es correcta o es incompleta, podrá pedir al anfitrión que rectifique y si no lo hace podrá suspender la validez de los números de registro afectados (art. 6 del Reglamento).

3) El Estado miembro que haya establecido uno o varios procedimientos de registro con arreglo al art.4 del Reglamento establecerá una ventanilla única digital para la recepción y transmisión de los datos de actividad, el número de registro pertinente y la URL de los anuncios proporcionados por las plataformas en línea de alquiler de corta duración y designará a la autoridad responsable del funcionamiento de la ventanilla única (arts. 10 y 11 del Reglamento y art. 7 del Real Decreto 1312/2024 se refieren a las funciones de esa ventanilla única digital en España). Esta ventanilla tiene por objetivo evitar que las plataformas en línea de alquiler de corta duración se enfrenten a requisitos técnicos diferentes y a varios puntos de acceso para el intercambio de datos dentro de un Estado miembro. Con ello se garantizan, según la Exposición de Motivos del Reglamento, unos procesos de intercambio de datos oportunos, fiables y eficientes.

Además, la ventanilla, entre otras cosas, proporcionará una interfaz técnica que permita la transmisión de máquina a máquina y manual de los datos antes mencionados, facilitará que las plataformas en línea realicen comprobaciones aleatorias de la validez de los números de registro proporcionados por los anfitriones y que las autoridades competentes reciban los datos transmitidos por las plataformas.

4) Los Estados miembros designarán una autoridad que supervise la ejecución de las obligaciones establecidas en el Reglamento y que informe cada dos años a la comisión sobre dicha ejecución (art. 14 del Reglamento).



b) *Obligaciones para las plataformas*

Se establecen una serie de obligaciones relativas al diseño de su interfaz, éste debe exigir a los anfitriones que declaren por sí mismos si la unidad ofrecida para los servicios de corta duración está situada en una zona en la se aplica un procedimiento de registro (art. 7 del Reglamento). Además, en esos casos, diseñarán y organizarán el interfaz de manera que los anfitriones permitan a los usuarios identificar la unidad mediante el número de registro y de manera que puedan garantizar que los anfitriones hayan facilitado un número de registro antes de permitir la oferta de servicios de alquiler de alojamiento de corta duración con respecto a esa unidad.

Las plataformas harán esfuerzos razonables para comprobar aleatoriamente la declaración de los anfitriones sobre la existencia o no de un procedimiento de registro e informarán a las autoridades competentes y a los anfitriones de los resultados de las comprobaciones.

Están obligadas a cumplir las obligaciones de información con respecto a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración en los que intermedien cuando se trate de unidades situadas en zonas donde se haya establecido un procedimiento de registro. En particular, tienen la obligación de transmitir datos de actividad y números de registros de forma mensual a la ventanilla única digital del Estado miembro donde está situada la unidad por medio de comunicación de máquina a máquina (art. 9 del Reglamento y, también, el art. 6 del Real Decreto 1312/2024). Además, garantizan, sobre la base de la información proporcionada por los anfitriones, que los datos que transmiten a las autoridades competentes son completos y exactos.

c) *Obligaciones para los Anfitriones*

La obligación principal de los anfitriones es proporcionar información, cuando se registren, relativa a la unidad que ofrece para alquiler de corta duración, y sobre sí mismos (distinguiendo si es persona física o jurídica) (art. 5 del Reglamento y art. 5 del Real Decreto 1312/2024). Básicamente esta información consiste en datos de contacto, dirección específica de la unidad, tipo de unidad y sus características. Los Estados miembros podrán exigir que la información vaya acompañada de la documentación justificativa.

Además, los Estados miembros pueden exigir a los anfitriones que presenten información y documentos adicionales que acrediten el cumplimiento de requisitos exigidos por el Derecho nacional (por ejemplo, requisitos de higiene y seguridad, protección de consumidores...).



Cuando un anfitrión no presente la información y la documentación o no la actualice, las autoridades competentes están facultadas para suspender la validez del número de registro (art. 6 del Reglamento), en ese caso, se le notificará por escrito motivado al anfitrión que tendrá derecho a ser oído y a rectificar. Cuando el anfitrión, actuando con dolo o negligencia grave, no rectifique la información, las autoridades competentes podrán retirar el número de registro y emitir una orden en la que se solicite a las plataformas en línea que eliminen los anuncios relativos a la unidad, o inhabilite el acceso a ellos sin demora indebida.

6. CONCLUSIÓN

He intentado poner de relieve cuales son los principales problemas del alquiler turístico en España, el crecimiento desorbitado de esta figura posiblemente pueda atenuarse con el control de la oferta ilegal de alojamiento turístico. Las medidas planteadas en el Reglamento Europeo junto con la normativa sectorial de las diferentes comunidades autónomas posiblemente contribuirán a ello, aunque probablemente sea necesario la adopción de otras medidas de carácter más general que permitan a los propietarios no ver como única salida viable para sus propiedades recurrir al alquiler vacacional. Sin embargo, la experiencia hasta la fecha es que a pesar de que a las administraciones públicas conocen perfectamente que la existencia del alquiler turístico ilegal y sus cifras son extraordinarias, no adoptan medidas eficaces para ponerle fin. Por ello, creo que es necesario que las administraciones estatal, autonómica y local establezcan y doten económicamente sistemas de control efectivos, que permitan exigir a los anfitriones la cesación de las actividades ilegales con celeridad, evitando la situación actual, que permite de hecho la oferta ilegal de alquiler vacacional.

Por otra parte, en el seno de las comunidades de propietarios la evolución es clara, se inició por la jurisprudencia, que empezó a otorgar mayor capacidad de decisión a las comunidades de vecinos sobre la posibilidad de que se desarrolle en ellas el alquiler turístico y se ha acabado modificando la LPH y exigiendo la aprobación expresa de la Comunidad. Sin duda es un avance que contribuirá a paliar uno de los principales problemas que plantea la figura.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CAMPUZANO TOMÉ, H., «El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 749, mayo 2015.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de los arrendamientos de viviendas» en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, núm. 4, 2012.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Pisos turísticos y comunidades de vecinos (Comentario al artículo 17,12 de la Ley de Propiedad Horizontal)*, Madrid 2022.
- FERRER GUARDIOLA, J. A., *El régimen de la vivienda de uso turístico como manifestación de la «nueva propiedad»*, Valencia 2024.
- GOMÁ LANZÓN, F., «Limitación del uso turístico de las viviendas en el RD ley 21/2018, de 14 de diciembre» en www.hayderecho.com, 22 de enero 2019, <https://www.hayderecho.com/2019/01/21/limitacion-del-uso-turistico-de-las-viviendas-en-el-rdley-21-2018-de-14-de-diciembre/>.
- GUILLÉN NAVARRO, N., «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», en *Revista Aragonesa de la Administración Pública*, núm. 45-46, 2015.
- HERREIRO SUAREZ, C., «Las viviendas de uso turístico: ¿Enemigo a batir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre, 2017.
- MARTINEZ NADAL, A. «Sobre el cambiante y divergente concepto de alquiler turístico en el Derecho español», *Diario La Ley*, núm. 9712, octubre de 2020.
- «Alquiler turístico y restricciones legales: el derecho a la vivienda como causa justificativa (A propósito de la STJUE de 22 de septiembre de 2020 y su recepción en la jurisprudencia española)», en *Diario La Ley*, núm. 9873, junio de 2021.
- TUR FAÚNDEZ, M. N., «¿Se quedó corto el Reglamento (UE) 1150/2019? Los deberes de transparencia previstos en el RSD y los RMD para las relaciones de las plataformas en línea con los profesionales», en *Equidad y transparencia en plataformas de alojamiento hotelero en España*, Barcelona 2024.
- VALENTÍN, J., «La cuestionable legalidad de las moratorias municipales a las viviendas turísticas», en *Diario La Ley*, 3 julio 2024.

E. Acoso inmobiliario

Cristina Argelich Comelles

Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

cristina.argelich@uam.es

Resumen: *El presente capítulo analiza las manifestaciones civiles y penales del acoso inmobiliario, así como el surgimiento de los grandes tenedores de vivienda. Se examinan los inconvenientes de los tipos penales especiales de coacciones y trato degradante relativos al acoso inmobiliario, así como la problemática concursal y procesal en materia de medidas cautelares. Finalmente, se formulan unas propuestas de lege ferenda respecto de la legislación española.*

Palabras clave: *Vivienda, acoso inmobiliario, grandes tenedores de vivienda, coacciones, trato degradante.*

Abstract: *This chapter analyses the civil and criminal forms of blockbusting, as well as the phenomenon of large landlords. The disadvantages of the criminal legal treatment for blockbusting are examined, as well as the criminal and procedural problems regarding precautionary measures, to provide for legal amendments in Spanish law.*

Keywords: *Housing, blockbusting, large landlords, coercion, degrading treatment.*



Sumario: 1. Manifestaciones civiles del acoso inmobiliario e identificación del legislador de los grandes tenedores de vivienda. 2. El acoso inmobiliario en el Código Penal. 2.1 Los problemas del tipo penal especial de acoso inmobiliario en el delito de coacciones. 2.2 Los problemas de los tipos penales especiales de acoso inmobiliario en el delito de trato degradante. 2.3 Concurso de delitos de acoso inmobiliario y medidas cautelares insuficientes. 3. Propuestas *de lege ferenda* para el acoso inmobiliario: tipificación autónoma del delito y establecimiento de medidas cautelares *ad hoc*. 4. Bibliografía.

1. MANIFESTACIONES CIVILES DEL ACOSO INMOBILIARIO E IDENTIFICACIÓN DEL LEGISLADOR DE LOS GRANDES TENEDORES DE VIVIENDA ⁽¹⁾

En este capítulo, se analizará el acoso inmobiliario tanto desde una perspectiva penal como desde las manifestaciones civiles de estas conductas, centradas fundamentalmente en las prestaciones arrendaticias y la resolución del contrato por incumplimiento. Al hilo del análisis, se señalarán los problemas de los tipos penales en su configuración actual, que se solucionarían con una tipificación autónoma en un único precepto de las diversas conductas, así como su problemática concursal y procesal, haciendo especial referencia a la ausencia de medidas cautelares *ad hoc*.

Las conductas relevantes desde una perspectiva penal en materia de acoso inmobiliario guardan una estrecha relación con el mantenimiento de las condiciones de habitabilidad por parte del propietario del inmueble, así como la resolución del contrato de arrendamiento por incumplimiento. Las principales manifestaciones de acoso inmobiliario consisten en la falta deliberada de mantenimiento del inmueble, la negativa del arrendador a cobrar la renta, las conductas de acoso y violencia por parte del propietario o de terceros, las deficiencias en los suministros básicos de la vivienda, así como los problemas relativos a las condiciones de habitabilidad del inmueble, tales como la salubridad, la seguridad y la estabilidad de la edificación.

Respecto de las condiciones de habitabilidad, previstas con carácter general en el artículo 26 LAU y respecto de su certificación administrativa en aquellas Comunidades Autónomas que regulan y exigen la cédula de habitabilidad, los supuestos que generan una mayor conflictividad en la jurisprudencia menor son los relativos al incumplimiento de las obligaciones por

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma», PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación.

parte del arrendador⁽²⁾, así como las obligaciones en materia de obras de conservación, *ex* artículos 21, 27 y 30 LAU. Asimismo, los impedimentos para la recepción del pago de la renta o su determinación, así como la realización de obras de mejora que podrían posponerse hasta la terminación del contrato de arrendamiento, son otros ejemplos de conductas de acoso inmobiliario, cuyo régimen jurídico se encuentra dispuesto respectivamente en los artículos 1176 CC y 22 LAU.

En atención a la identificación por algunos legisladores autonómicos de estas conductas y las zonas de mercado residencial tensionado con los grandes tenedores de vivienda –como en el Decreto-ley 3/2023, de 17 de febrero, del Consell, por el que se adoptan medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad y emergencia residencial en la Comunidad Valenciana agravadas por la guerra de Ucrania, y para evitar abusos en el ámbito inmobiliario⁽³⁾–, cuando estos operadores son una consecuencia de la situación actual del acceso a la vivienda en España y no su causa, es importante referir brevemente su tratamiento legal por el legislador estatal. El artículo 3 LDV dispone que se considerará gran tenedor de vivienda al propietario de más de 10 viviendas, o cuya superficie construida sea de 1.500 metros cuadrados, reducible a 5 viviendas por parte de las Comunidades Autónomas si están sitas en zonas declaradas de mercado residencial tensionado, un criterio aplicado en Cataluña. La cantidad de viviendas no tiene que ir aparejada a su valor en el mercado, por tratarse ambos de parámetros variables y, por ende, no deben utilizarse para objetivar la asimetría negocial que las normas pretenden reequilibrar, pues un tratamiento legal uniforme que convierta *ex lege* en gran tenedor a quien no lo es –la persona física titular de cinco viviendas carente de actividad empresarial de intermediación inmobiliaria– entraña discriminación.

2. EL ACOSO INMOBILIARIO EN EL CÓDIGO PENAL

El legislador estatal define como acoso inmobiliario en el artículo 6 LDV aquella acción u omisión con abuso de derecho cuyo objetivo sea perturbar a cualquier persona en el uso pacífico de su vivienda, así como crearle un entorno hostil en lo material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que le ampara de uso y disfrute de la vivienda. Estas conductas de acoso inmobiliario

(2) ARGELICH COMELLES, 2013, pp. 11-31.

(3) DOGV de 27 de febrero de 2023.

vienen tipificadas en los tipos especiales del delito de coacciones del artículo 172 CP, y del delito de trato degradante del artículo 173 CP⁽⁴⁾.

Por su parte, la doctrina penalista ha definido el acoso inmobiliario como las conductas de hostigamiento que un sujeto realiza al legítimo poseedor de un inmueble, a los efectos de que abandone la posesión del inmueble, lo que implica una renuncia a sus derechos respecto de la finca⁽⁵⁾. La posesión legítima resulta clave y esencial respecto de la armonización penal y civil del acoso inmobiliario, por cuanto permite incluir a los propietarios y los arrendatarios, excluyendo de la tutela penal los problemas de índole estrictamente contractual, referidos a la resolución por incumplimiento y la restitución de la posesión. Se requiere que tanto la coacción ejercida como los actos hostiles o humillantes tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda, excluyendo como sujetos pasivos de los delitos de acoso inmobiliario a quienes ocupan ilegalmente una vivienda. De esta manera, también constituyen conductas de acoso inmobiliario aquellas en las que un grupo de personas ejercen violencia psicológica aplicada de forma sistemática durante un tiempo sobre otra persona con la que mantienen una relación contractual, con la finalidad de que abandone su vivienda.

De este concepto, se pueden extraer diversas características: el ejercicio conjunto y coactivo de dicha violencia sobre la víctima; el ejercicio de la violencia con carácter sistemático y reiterado en el tiempo, siendo calificables de acoso inmobiliario el conjunto de estas conductas; y, finalmente, la relación contractual o de otra índole de la víctima de acoso inmobiliario con el acosador, siendo paradigmático el arrendamiento. Los delitos de acoso inmobiliario se consumarán siempre que haya perturbación en la posesión de la vivienda, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁽⁶⁾, con independencia de si se constata la finalidad de conseguir que la víctima abandone el inmueble. La cuestión no es irrelevante, porque en alguna ocasión las resoluciones judiciales han indagado sobre el elemento subjetivo del injusto, descartando la existencia del delito por no advertir en el auto el propósito de que la víctima abandone la vivienda.

(4) Véanse PONCE SOLÉ, 2008, pp. 493-512, y ARGELICH COMELLES, 2013, pp. 11-31.

(5) Nos remitimos en profundidad a SÁNCHEZ BENÍTEZ, 2023, pp. 1-316, RAGÜES Y VALLÉS, 2009, pp. 1-20, y SÁNCHEZ TOMÁS, 2024, pp. 919-961. A nivel internacional, nos remitimos a OUAZAD, 2015, pp. 811-841.

(6) Por todas, véase la STS de 18 de julio de 2002, RJ 2002\8582: «imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación, la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas». Sobre la violencia en las cosas, véase la STS de 15 de octubre de 2009, RJ 2009\5604, y sobre la fuerza ejercida sobre las cosas de uso o pertenencia del perjudicado, atiéndose la STS de 17 de noviembre de 1997, RJ 1997\8241. En atención a la actitud sostenida de producir miedo y temor en la víctima de acoso inmobiliario, véase la STS de 14 de julio de 2006, RJ 2006\6053.

Por lo que se refiere al bien jurídico protegido⁽⁷⁾, este se concreta en la libertad, para las coacciones, y en la integridad moral, para el trato degradante. Por una parte, encontramos la libertad de deliberación, decisión y actuación vinculada al uso del inmueble utilizado como vivienda, es decir, el libre y legítimo disfrute de la vivienda frente a la *vis physica*, moral, o *in rebus*, de conformidad con el artículo 172.1 párrafo tercero CP. El legítimo disfrute de la vivienda es la diferencia que existe entre la integridad moral y la libertad si se situasen en un plano de igualdad. Por otra parte, el otro bien jurídico protegido referido es la integridad moral⁽⁸⁾, en atención a los actos hostiles o humillantes reiterados que impidan el legítimo disfrute de la vivienda, como se contiene en el artículo 173.1 párrafo tercero CP. En este caso, la integridad moral reconocida en el artículo 15 CE guarda una estrecha relación con la dignidad de la persona del artículo 10.1 CE. Por lo que se refiere a la integridad moral, se trata de un concepto jurídico indeterminado, puesto que es genérico en relación con la vida y la integridad física, previstas en el artículo 15 CE.

El delito de coacciones agravado se trata de un delito pluriofensivo, puesto que tutela la libertad del sujeto y el derecho al legítimo disfrute de la vivienda. Por otra parte, la integridad moral es un bien jurídico independiente de otros como la vida, la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones y el honor, y se identifica con la inviolabilidad, la integridad personal y la incolumidad del ser humano. La integridad moral también se vincula al derecho a ser tratado como persona, identificándose con la integridad psíquica o la libertad de actuar conforme a lo decidido, es decir, la libertad como bien jurídico protegido en los delitos de amenazas y coacciones. Por lo que respecta a la libertad⁽⁹⁾, algunos autores consideran que el interés que se ve afectado por el acoso inmobiliario no se refiere a la libertad, la integridad moral o el patrimonio, por lo que ni las coacciones ni los delitos contra la integridad moral son herramientas plenamente adecuadas o idóneas para combatir este fenómeno; por el contrario, estos tipos penales solo logran reprimir ciertas conductas que pueden estar vinculadas con la libertad.

El acoso inmobiliario afecta nuclearmente al legítimo uso y disfrute de la vivienda⁽¹⁰⁾, lo que incluye las condiciones que permitan el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad *ex* artículo 18 CE, pues el resto de los bienes jurídicos protegidos son instrumentales a los efectos de conculcar el disfrute de la vivienda. Por tanto, es correcta una previsión de tipos penales especiales para intervenir en los casos de acoso

(7) LAFONT NICUESA, 2010, pp. 1-6. SÁNCHEZ TOMÁS, 2024, pp. 919-961.

(8) RAGUÉS Y VALLES, 2012, pp. 261-280.

(9) RAGUÉS Y VALLES, 2009, p. 1. RAGUÉS Y VALLES, 2012, pp. 261-280.

(10) VILLEGAS FERNÁNDEZ, 2009, pp. 34-59.

inmobiliario, junto con otros preceptos que podrían ser alternativamente aplicables. No obstante, la técnica legislativa podría depurarse, puesto que en cualquier acto hostil o humillante se realizaría algún tipo de violencia para conseguir el fin perseguido.

2.1 Los problemas del tipo penal especial de acoso inmobiliario en el delito de coacciones

La conducta típica del tipo especial de acoso inmobiliario en el delito de coacciones, dispuesto en el artículo 172 CP, consiste en la misma conducta que el tipo básico, esto es, impedir con violencia física, psíquica o *in rebus* a hacer a otro lo que la Ley no le prohíbe o compelerle, por los mismos medios, a efectuar lo que no quiere. La jurisprudencia mayor amplió el concepto de violencia indicado, en la línea de la doctrina penalista, una espiritualización del concepto para ampliar el bien jurídico protegido hacia la libertad de decisión⁽¹¹⁾. El artículo 172.1 párrafo tercero CP en su último inciso debe reservarse, por tanto, para aquellos casos en los que el hostigamiento queda reducido a un mero ataque patrimonial y no trasciende a un ataque más intenso en forma de insultos, amenazas o conductas humillantes. La penalidad es la mitad superior del tipo básico –que es de 6 meses a 3 años–, estableciendo una pena de prisión alternativa a la de multa de 12 a 24 meses.

Por ello, se puede considerar que este delito de resultado es de formas comisivas alternativas, pero siempre coercitivas de la libertad de decidir, puesto que la conducta típica consiste en realizar el tipo básico de coacciones en un ámbito que se reconoce de especial interés en cuanto a su protección. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado diversas conductas que se pueden subsumir en este tipo penal especial de coacciones, algunas de las cuales guardan una estrecha relación con algunos pronunciamientos de la jurisprudencia menor en materia de empresas de desocupación de inmuebles. Por una parte, el cambio de la cerradura de la puerta de acceso a la vivienda que ocupaba la víctima, impidiéndole por la fuerza el disfrute del inmueble al que tenía derecho, en la medida en la que no hubiese sido resuelto el contrato de arrendamiento⁽¹²⁾. En otras palabras, la facultad de exclusión inherente al derecho de propiedad no se puede impedir coactivamente, resultando aconsejable la instalación de sistemas de alarma o videovigilancia, así como el cambio de la cerradura de la vivienda. En sentido análogo y respecto de los locales de negocio, encontramos el cambio de

(11) RAGUÉS Y VALLÉS, 2012, pp. 261-280. CARUSO FONTÁN, 2011, pp. 7-11.

(12) STS de 29 de marzo de 1985, RJ 1985\2047.

los candados de la persiana que le da acceso⁽¹³⁾, así como proceder al desahucio de hecho y extrajudicial de un local de negocio arrendado tras cerrajar la puerta y entrar en el local⁽¹⁴⁾. Respecto de las coacciones de carácter administrativo, se encuentra un supuesto en el que un cargo público pretendía con dicha conducta cobrar contribuciones especiales no aprobadas por el ayuntamiento y, posteriormente, privar a sus víctimas del suministro de agua⁽¹⁵⁾. Finalmente, también se ha considerado como delito de coacciones el corte del suministro eléctrico⁽¹⁶⁾.

Conviene centrarse ahora en la distinción entre el resultado del delito, que se encuentra en la fase de consumación, respecto de la consecución del propósito final perseguido por el agresor, que está en la fase de agotamiento. Por ende, para calificar una conducta de delito de acoso inmobiliario se requieren los siguientes elementos cumulativamente considerados: una conducta violenta, material o intimidatoria contra el sujeto pasivo de modo directo, indirecto o a través de terceras personas; que la conducta se realice con la intención de impedir lo que la Ley no prohíbe u obligar a efectuar lo que uno no quiere, sea justo o injusto; que el agresor tenga la intención de restringir la libertad ajena; y, finalmente, que el agresor no sea una persona jurídicamente legitimada para realizar tales actos de violencia o intimidación. En atención a estos requisitos, la doctrina ha advertido que la subsunción de estas conductas en el tipo especial de coacciones como acoso inmobiliario estará condicionado al alcance del concepto de violencia⁽¹⁷⁾.

Una vez examinado el tipo especial de coacciones en el ámbito inmobiliario, identificamos diversos problemas interpretativos, a los efectos de proponer mejoras y remitiéndonos a unas propuestas *de lege ferenda* al final del trabajo. La conducta típica es descrita como «impedir el legítimo disfrute de la vivienda», lo que parece referirse a un elemento subjetivo del tipo, olvidando que se trata de un delito de resultado, es decir, que se entiende consumado cuando se ha impedido materialmente el disfrute de la vivienda –por ejemplo, bloqueando su acceso–, o bien cuando se ha compelido a la víctima a ello.

Otra cuestión es la determinación del momento en el que se puede sostener con garantías que se ha impedido de forma efectiva el disfrute de la vivienda. Considerando el concepto amplio de violencia⁽¹⁸⁾ e ignorando

(13) STS de 2 de marzo 1989, RJ 1989\2349.

(14) STS de 30 de junio de 1981, RJ 1981\2938.

(15) Véanse las STS de 24 de marzo de 1983, RJ 1983\2178, de 18 de octubre de 1999, RJ 1999\8127, y de 28 de febrero de 2000, RJ 2000\889.

(16) STS de 28 de febrero de 2000, RJ 2000\889.

(17) CARUSO FONTÁN, 2011, pp. 5-20.

(18) STS de 21 de diciembre de 2012, Id Cendoj: 28079120012012101035: «[l]a vis o fuerza empleada por el sujeto activo del delito de coacciones no solo comprende los casos de violencia física

la opinión de la mayor parte de la doctrina, el legislador establece la aplicación de los criterios jurisprudenciales respecto de la fuerza en las cosas del tipo básico de coacciones. Por tanto, solo dispone el tipo especial como agravante cuando la víctima vea vulnerada la posesión de su vivienda, a los efectos de un reforzamiento de sus derechos en este ámbito⁽¹⁹⁾, sin que ello suponga introducir mejores herramientas en el enjuiciamiento de este delito.

La inclusión de los supuestos de intimidación en el delito de coacciones es contraria a la sistemática propia del articulado, que regula de forma expresa el delito de amenazas. Asimismo, la inclusión de los supuestos de fuerza en las cosas supone un caso de analogía *in malam partem*, por el que se distorsiona el alcance del precepto. Por lo que se refiere a la posibilidad de admitir la concurrencia de violencia en conductas omisivas, cabe entender que solo es aceptable cuando se admita que la violencia abarca los supuestos en los que se constriñe la voluntad de la víctima, por existir intimidación, y que deben subsumirse en el delito de amenazas.

Finalmente, debe criticarse que la multa sea una opción punitiva alternativa a la pena de prisión en el ámbito del acoso inmobiliario, habida cuenta del riesgo de que sea asumida como un coste económico para seguir practicando dichas conductas, lo que disminuye su finalidad preventiva. Cabe destacar la falta de mención en el artículo 172 CP de un elemento inherente al concepto de acoso: la reiteración. A diferencia del artículo 173 CP, que incluye en la descripción típica el concepto de reiteración, el artículo 172 CP no lo contempla y, en consecuencia, la reiteración modula la pena impuesta.

2.2 Los problemas de los tipos penales especiales de acoso inmobiliario en el delito de trato degradante

Las conductas de acoso inmobiliario, tipificadas como delito contra la integridad moral en el artículo 173.1 CP, se distribuyen en dos modalidades, según si constituyen trato degradante. Por un lado, en el acoso inmobiliario mediante actos hostiles o humillantes, el trato degradante implica

como tal, sino que incluye cualquier ataque a la voluntad de la víctima, pues con ello también se limita su libertad. Y en este sentido, el concepto de violencia ha ido ampliándose para incluir también la intimidación o “vis compulsiva” e incluso la fuerza en las cosas o “vis in rebus” siempre que repercuta en la libertad de la persona para el pacífico disfrute de sus derechos (SSTS 628/2008 de 15.10, 982/2009 de 15.10). La mera restricción en la libertad de obrar supone de hecho una violencia y, por tanto, una coacción, siendo lo decisorio el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción. Esta utilización del medio coercitivo ha de ser adecuada, eficaz y causal respecto al resultado perseguido (STS 843/2005 de 29.6)».

(19) RODRÍGUEZ RAMOS, 2010, pp. 2-6.

sistematicidad en la conducta, incluyendo acciones que de forma grave atenten contra la exigencia de respeto. El delito de acoso inmobiliario como trato degradante, cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral, refiere su conducta típica a quien «de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes, que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda». Por tanto, aquellas conductas que no reúnan los requisitos del artículo 172 CP, podrán quedar subsumidas en el artículo 173.1 CP en su segundo párrafo, en la medida en que los actos realizados sean «reiterados» y «hostiles o humillantes»⁽²⁰⁾. En el acoso inmobiliario como tipo penal especial del delito de trato degradante, la pena es de seis meses hasta dos años de prisión. Resulta llamativo su tratamiento penológico –por su heterogeneidad e intensidad– en relación con la pena de multa alternativa a la pena de prisión dispuesta para las coacciones, así como los límites mínimo y máximo de la pena de prisión previstos en los tipos especiales de coacciones y trato degradante. Por otro lado, el acoso inmobiliario mediante actos hostiles o humillantes que no constituyan trato degradante opera como una cláusula de cierre respecto de las restantes modalidades de acoso inmobiliario, pudiendo incluirse el allanamiento de morada, la contaminación acústica u otros actos hostigadores. La pena se corresponde con la del tipo básico de trato degradante y, conectando el tipo penal de acoso inmobiliario sin trato degradante con otro bien jurídico de rango constitucional, como la inviolabilidad del domicilio *ex* artículo 18 CE, cabe justificar la subsunción de los supuestos de allanamiento de morada o de contaminación acústica.

El *iter criminis* hostigador se concreta en la realización de «actos hostiles o humillantes», sin precisar la conducta, a diferencia de «una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante», prevista en el artículo 184 CP para el acoso sexual. Sería conveniente describir las conductas que integran el proceso hostigador en el trato degradante, utilizando los conceptos «hostigador» o «humillante» como cláusula de cierre en la descripción típica, pues el principal elemento diferenciador es el bien jurídico protegido, siendo en este caso la «integridad moral»⁽²¹⁾. La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁽²²⁾ exige los siguientes elementos

(20) OTERO GONZÁLEZ, POMARES CINTAS, 2010, p. 194, donde explican que el legislador introduce una modificación en la LO 5/2010 en referencia tanto a la nueva agravante del artículo 172.1 párrafo tercero CP, como al artículo 173.1 párrafo tercero CP, y se exige que el disfrute de la vivienda que se afecta sea «legítimo» y no meramente efectivo por parte de la víctima del acoso. El problema que conllevaba la redacción anterior era la posibilidad de incluir como sujetos pasivos de acoso inmobiliario a los «okupas», que, efectivamente pudieran ocupar la vivienda.

(21) RAGÜES Y VALLES, 2012, pp. 261-280.

(22) Entre otras, véase la STS 2709/2003, de 16 de abril, Id Cendoj: 28079120012003103216, donde refiere la jurisprudencia constitucional: «[e]l Tribunal Constitucional en su sentencia 120/1990 de 27 de julio realiza un acercamiento al concepto de integridad moral, al decir que en el artículo 15

para apreciar trato degradante: en primer lugar, un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; en segundo lugar, un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto; y, en tercer lugar, un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Con la acción típica «actos hostiles o humillantes», el legislador excluye la omisión y exige una conducta reiterada.

2.3 Concurso de delitos de acoso inmobiliario y medidas cautelares insuficientes

El concurso de delitos de acoso inmobiliario solo podrá ser de normas, y se resolverá conforme a lo que dispone el artículo 8 CP, en este caso, a favor del tipo de la coacción, aplicando la regla de especialidad. En consecuencia, el acoso inmobiliario como coacción del artículo 172.1 párrafo tercero CP entrará en concurso con los delitos contra el patrimonio, puesto que el acoso inmobiliario no prevé la cláusula típica de cierre que establezca la salvedad de que la conducta tipificada tenga señalada una pena superior. Por otra parte, el acoso inmobiliario como trato degradante del artículo 173 CP entrará a su vez en concurso con los delitos que se hayan cometido, aplicando la regla concursal general del artículo 177 CP. Finalmente, sobre la posible aplicación simultánea de los artículos 172 y 173 CP, recuérdese que el bien jurídico protegido de la integridad moral en el delito de trato degradante goza de autonomía, permitiendo el concurso de delitos sin incumplir el principio *non bis in idem*.

Por lo que respecta a la problemática complementaria propia de las medidas cautelares, también en el ámbito del acoso inmobiliario, su finalidad radica en asegurar la efectividad de un eventual pronunciamiento

de la Constitución Española “se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular”. Se ha dicho por doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de “incolumidad” e “integridad personal”. De modo que el Tribunal Constitucional, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las sentencias dictadas en 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido), en 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), en 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi), en 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cossans), en 7 de julio de 1989 (caso Soering), en 20 de marzo de 1991 (caso Cruz Varas y otros), en 30 de octubre de 1991 (caso Vilvarajah y otros), etc., ha declarado que las tres nociones recogidas en el artículo 15 de la Constitución (“torturas”, penas o tratos “inhumanos” y penas o tratos “degradantes”) son, en su significado jurídico, “nociones graduadas de una misma escala” que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente” (sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, 137/1990 y 57/1994)».



condenatorio. Las medidas cautelares más idóneas en el acoso inmobiliario, por la ausencia de medidas cautelares *ad hoc* para estos casos, serán las previstas en el artículo 544 bis LECrim, pues las infracciones contempladas en el artículo 57 CP atentan contra la integridad moral. Esta es una nueva manifestación de la falta de oportunidad de la sistemática de los dos preceptos de acoso inmobiliario, en concreto, el tipo especial de coacciones, pues deberían tipificarse autónomamente en un único precepto en los delitos de trato degradante, con las diversas conductas delictivas. Habida cuenta de que se trata de medidas cautelares, se tendrán que respetar todas y cada una de sus condiciones, es decir, que son ineludibles la verificación indiciaria del *fumus bonis iuris* y del *periculum in mora* o *in damnum*. Además, deberá procurarse la bilateralidad y, siempre que no se frustre la eficacia tuitiva, será necesario dar audiencia a las partes. Finalmente, es oportuno recordar que las medidas cautelares que se pueden adoptar, conforme a lo dispuesto en el artículo 544 bis LECrim, se pueden imponer como penas, de conformidad con los artículos 48 y 57 CP, relativos a las penas privativas de derechos y las penas accesorias respectivamente.

3. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* PARA EL ACOSO INMOBILIARIO: TIPIFICACIÓN AUTÓNOMA DEL DELITO Y ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES *AD HOC*

Las conductas de acoso inmobiliario, con anterioridad a su tipificación en materia de coacciones y trato degradante, se habían subsumido en los tipos penales relativos a las amenazas y coacciones, incluyendo en la actualidad el trato degradante, a los efectos de proporcionar un tratamiento legal adecuado. En la Exposición de motivos de la LO 5/2010, por la que se introdujo en el Código Penal esta doble tipificación del acoso inmobiliario, encontramos específicamente que el legislador estatal pretendía «tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores», así como atender la unificación en materia jurisprudencial respecto de «las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno».

No obstante, los preceptos previstos consecutivamente se refieren a las coacciones y al trato degradante, cuando las conductas descritas guardan más relación desde el concepto de acoso con el trato degradante, máxime cuando se afecta al disfrute de una necesidad básica y al ejercicio

del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar *ex* artículo 18 CE, así como el libre desarrollo de la personalidad con carácter general. La expresión «actos» elude las modalidades omisivas de hostigamiento, presentes en otros tipos de acoso. Subsisten los problemas de prueba propios del acoso, así como las dificultades inherentes a la subsunción de las conductas en tipos penales de variado tenor y articulado. Además, existe la circunstancia propia de los delitos de acoso en otros ámbitos de que diversas personas, coordinadamente, contribuyan en mayor o menor medida y sin acuerdo previo o explícito al hostigamiento, incluso mediante comportamientos de naturaleza omisiva, algo que no se contempla en el acoso inmobiliario.

A la vista de la doble tipificación de las conductas de acoso inmobiliario, se destila una cierta incoherencia entre la tipificación recomendable para estas conductas, en aras de la seguridad jurídica, y su previsión final. Por una parte, los preceptos, aun siendo consecutivos, se ubican sistemáticamente en Capítulos y Títulos distintos del Código Penal, a la vez que no responden al tratamiento penal del mismo bien jurídico protegido: la libertad en las coacciones, y la integridad moral en el trato degradante, ambos como garantía del legítimo disfrute de la vivienda. Asimismo, se observa una falta de coherencia y compatibilidad con el resto de los preceptos que, con anterioridad a su específica regulación, resultaban aplicables a estas conductas. El legislador desatiende la ubicación sistemática correcta del acoso inmobiliario, pues debería unificarse en un único precepto con las diversas modalidades y un tratamiento penológico armonizado en función de la gravedad de la conducta, junto con la falta de armonización conceptual con el resto de la normativa estatal. En otras palabras, tipifica duplicadamente el acoso inmobiliario en función de la gravedad del acoso, invirtiendo la lógica estricta de los tipos penales especiales: atribuye la mitad superior de la pena del tipo básico en el tipo especial de coacciones, y mantiene la pena del tipo básico en el tipo especial de trato degradante. Por tanto, el agresor sin antecedentes penales podría no entrar en prisión por el tipo especial de trato degradante, a diferencia de lo que sucedería en las coacciones.

Por todo lo indicado, procedería disponer en un único precepto de tipificación autónoma las diversas modalidades de acoso inmobiliario referidas por la doctrina y la jurisprudencia, revisando adecuadamente que el tratamiento penológico y la coherencia de su previsión corresponda con la gravedad de la conducta, así como adaptar las medidas cautelares al acoso inmobiliario⁽²³⁾. Finalmente, el legislador debería armonizar con la regulación penal en materia de acoso inmobiliario y ocupación ilegal la

(23) ARGELICH COMELLES, 2013, pp. 11-31.

definición de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda⁽²⁴⁾, respecto de las «situaciones de operaciones de venta, arrendamiento o cesión», en las que la Administración debe intervenir cuando el objeto sea una infravivienda, una vivienda sobreocupada, así como el alojamiento ilegal, o el alojamiento respecto de bienes ocupados ilegalmente y sin título habilitante⁽²⁵⁾, a los que refiere eufemísticamente como «de los que no se es legítimo propietario ni su representante legal».

4. BIBLIOGRAFÍA

- ARGELICH COMELLES, C., «El acoso inmobiliario», *Lo Canyeret: revista del Ilustre Colegio de la Abogacía de Lleida*, 79, 2013, Primer Premio del XII Certamen Arquímedes de Introducción a la Investigación Científica del Ministerio de Educación. BOE de 17 de diciembre de 2013.
- CARUSO FONTÁN, V., «El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia», *Eguzkilore*, 25, 2011.
- LAFONT NICUESA, L., «Comentarios al nuevo delito de acoso inmobiliario», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 804, 2010.
- OTERO GONZÁLEZ, P., y POMARES CINTAS, E., «Tipos penales específicos de acoso inmobiliario», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- OUAZAD, A., «Blockbusting: Brokers and the dynamics of segregation», *Journal of Economic Theory*, 157, 2015.
- PONCE SOLÉ, J., «La lucha contra la discriminación residencial y el acoso inmobiliario», en PONCE SOLÉ, J., SIBINA TOMÀS, D., *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- RAGUÉS Y VALLÈS, R., «El acoso inmobiliario: últimas novedades legislativas y judiciales», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 59, 2009.
- «Los delitos contra la libertad y la integridad moral: incriminación del acoso laboral e inmobiliario», en Pastor Muñoz, N., Silva Sánchez, J. M. (dir.), *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, Madrid, La Ley, 2012.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «El Blockbusting (Una excrecencia legislativa más)», *Diario La Ley*, 7534, 2010.
- SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., *Tratamiento jurídico-penal del acoso en España: especial referencia a las Leyes Orgánicas 4/2022, de 12 de abril y 10/2022, de 6 de septiembre*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2023.

(24) BOE de 26 de mayo de 2023.

(25) En profundidad, atiéndase SIMÓN MORENO, 2021, pp. 2161-2212, y SIMÓN MORENO, 2019, pp. 161-199.

- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Los delitos de acoso laboral e inmobiliario», en Ventura Püschel, A. (coord.), Álvarez García, F. J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español: Parte especial (I). Delitos contra las personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- SIMÓN MORENO, H., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 95, 771, 2019.
- «La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos fundamentales y humanos en conflicto», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 97, 786, 2021.
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M., *Mobbing inmobiliario*, Madrid, Bosch, 2009.

XI

LA REACCIÓN FRENTE A SITUACIONES PATOLÓGICAS

A. Remedios procesales civiles de la vivienda en alquiler u ocupada en precario: los juicios verbales de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo y por precario *

Felip Alba Cladera

*Profesor Titular Laboral de Derecho Procesal
Universidad de las Islas Baleares
felip.alba@uib.es*

Resumen: *El objeto de este trabajo es la realización de un análisis actualizado de los remedios procesales civiles relacionados con la vivienda en alquiler u ocupada en precario; en concreto, de los juicios verbales de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo y por precario. El estudio que se plantea es eminentemente práctico. Por una parte, se centra en las*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», (PID 2021-124953NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por la Prof.^a Matilde Cuenca Casas. Asimismo, este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de investigación «Eficiencia y acceso a la justicia civil en tiempos de austeridad» (PID2021-122647NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por los Profs. Fernando Gascón Inchausti y Pilar Peiteado Mariscal.

principales modificaciones que han sufrido estos procedimientos en los últimos años, haciendo hincapié en las reformas introducidas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda y por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Por otra, se realiza una selección de problemas recientes, analizando las soluciones adoptadas por la jurisprudencia más moderna. En último lugar, se lleva a cabo un examen exhaustivo de la batería de medidas de suspensión de los procesos de desahucio, normas cuya finalidad es, sin lugar a duda, beneficiar a los más vulnerables, el problema reside en que el legislador lo pretende conseguir a costa del derecho de propiedad y de la tutela judicial efectiva de los propietarios.

Palabras clave: *Desahucio por falta de pago; desahucio por expiración del plazo, desahucio por precario; requisito de procedibilidad; suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado; acumulación de acciones; reconvencción; enervación; procedimiento adecuado.*

Abstract: *The purpose of this work is to carry out an updated analysis of the civil procedural remedies for rented or «precario» occupied housing; specifically, verbal eviction proceedings for non-payment, expiration of the term and precariousness. The study proposed is eminently practical, so, on the one hand, it focuses on the main modifications that these procedures have undergone in recent years, emphasizing the reforms introduced by Law 12/2023, of May 24, for the right to housing and by Organic Law 1/2025, of January 2, on measures regarding the efficiency of the Public Service of Justice. On the other, it makes a selection of recent problems, analyzing the solutions adopted by the most modern jurisprudence. Finally, an exhaustive examination is carried out of the battery of measures to suspend eviction proceedings, regulations whose purpose is, without a doubt, to benefit the most vulnerable. The problem is that the legislator intends to achieve this at the expense of the right to property and the effective judicial protection of the owners.*

Keywords: *Eviction for non-payment; eviction for expiry of the term, eviction for precariousness; prerequisite to file a lawsuit; suspension of the proceedings due to the economic and/or social vulnerability of the defendant; consolidation of actions; counterclaim; enervation; appropriate procedure.*

Sumario: 1. Desahucio por falta de pago de la renta o por expiración del plazo (art. 250.1.1.º LEC). 1.1 Una síntesis del procedimiento. Especial énfasis en las novedades de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. 1.2 Las reformas operadas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. 1.2.1 La introducción de un requisito de procedibilidad. Conciliación o intermediación previa a la interposición de la deman-

da. 1.2.2 Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda. 1.2.3 Prohibición de los desahucios sin fecha y hora prede-terminada. 1.3 Algunas cuestiones problemáticas. 1.3.1 La acumulación de la acción de reclamación de rentas debidas a la acción de desahucio. 1.3.2 Sobre la reconvencción. 1.3.3 Discrepancias en la cantidad a pagar o consignar para enervar el desahucio. 2. Desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC). 3. Suspensión del proce-so por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado. 3.1 La sus-pensión *ordinaria* del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC. 3.2 Suspensión extraordi-naria y provisional del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional. 3.2.1 En el supuesto de desahucio por falta de pago o cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo. 3.2.2 En el supuesto de desahucio por precario. 3.2.3. Reanudación de los procedimientos sus-pendidos en virtud del Real Decreto-ley 11/2020. Bibliografía.

1. DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO DE LA RENTA O POR EXPIRACIÓN DEL PLAZO (ART. 250.1.1.º LEC)

1.1 **Una síntesis del procedimiento. Especial énfasis en las novedades de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia**

En este capítulo nos centraremos en la acción de desahucio con funda-mento en la falta de pago de la renta, pero no en el supuesto de reclamación de rentas debidas al arrendatario en el que no se acumula la acción de desahucio. Con la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de agilización y fomento del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, se modi-ficaron los artículos 250.1.1.º y 249.1.6.º LEC para incluir en el ámbito del juicio verbal las reclamaciones de rentas derivadas del arrendamiento cuan-do no se acumulan al desahucio, que hasta entonces se sustanciaban a trav-és de los cauces del juicio ordinario; con ello, se intenta fomentar salvar la relación arrendaticia, porque de este modo el arrendador no se ve obligado a acumular también una pretensión de lanzamiento para acudir al juicio verbal, por lo general más rápido y sencillo que el ordinario⁽¹⁾.

Simplemente, apuntamos aquí algunas cuestiones sobre la acción de re-clamación de rentas derivadas del arrendamiento. No obstante, los tres tipos de juicios previstos en el artículo 250.1.1.º LEC tienen una regulación común, por lo que, inevitablemente, lo trataremos. Los juicios de reclamación de ren-tas derivadas del arrendamiento tienen naturaleza plenaria, por lo que sus

(1) Preámbulo apartado II.

sentencias tienen plenos efectos de cosa juzgada y no hay limitación alguna de alegación y prueba (sobre esta cuestión, cuando hay acumulación a la acción de desahucio, volveremos *infra*⁽²⁾). La determinación de la cuantía en estos procedimientos no se realiza por el artículo 251.9.ª LEC, sino por el artículo 251.1.ª LEC, esto es la cuantía concreta que se reclame. Como apunta VILLAMARÍN LÓPEZ, se podrían reclamar dichas rentas a través del monitorio –sus principales ventajas serían la no necesidad de postulación en la petición inicial y la inversión del contradictorio si no hay oposición–. Pero las razones para optar por el juicio verbal son potentes: cabrá la condena de las rentas futuras (art. 220.3 LEC) –y no solo las rentas debidas y que se acrediten documentalmente en el momento de la demanda–; será posible la obtención de una condena en costas a su favor; generalmente, será más favorable litigar en los tribunales del lugar en que esté sita la finca y no en el domicilio del demandado (art. 813 LEC); habrá la posibilidad de recurrir a una notificación edictal si no ha sido posible localizar al demandado para practicar una notificación personal; y, si se acumula a la acción de desahucio, la falta de oposición operará como en la técnica monitoria⁽³⁾.

Las acciones de desahucio que ahora estudiaremos son las que pretenden reestablecer la posesión del inmueble arrendado en favor del dueño, usufructuario o cualquier otro sujeto que disponga de título suficiente para poseer la finca frente al inquilino cuyo contrato de arrendamiento ha expirado o porque ha incumplido con sus obligaciones de pago. Estas acciones se ejercitan a través del juicio verbal, si bien con ciertas especialidades en su tramitación al configurarse como un cauce privilegiado (art. 250.1.1.º LEC). Otras causas pueden fundamentar una pretensión de desahucio; sin embargo, éstas no disfrutarán de esta especialidad procedimental.

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LOEP), ha introducido, con carácter general, para el orden jurisdiccional civil como requisito de procedibilidad haber acudido previamente a un medio adecuado de solución de controversias (en adelante, MASC)⁽⁴⁾.

El artículo 2 declara que *se entenderá por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral*, especificando además como válidas la mediación, conciliación, negociación directa entre las par-

(2) Epígrafe 1.3.1.

(3) VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., *El juicio verbal y sus especialidades*, Editorial La Ley, Madrid, 2019, pp. 115 y 116.

(4) Artículo 5 LOEP. *Vid.*, también, artículo 403.2 LEC.

tes –con o sin intervención de sus abogados–, oferta vinculante confidencial, opinión neutral de un persona experta independiente o un proceso de derecho colaborativo (art. 5.1 párrafo segundo) ⁽⁵⁾.

El MASC se excepciona para aquellos procesos que tengan por objeto una serie de materias (art. 5.2 LOEP), entre las cuales, y a pesar de eximir «la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute» ⁽⁶⁾, inexplicablemente, no se han incluido los juicios de desahucio por falta de pago –incumplimiento esencial frente al cual, con carácter general, hay poco que oponer– o por la expiración del plazo, ambas causas de resolución contractual de escasa complejidad para permitir la recuperación de la posesión de la vivienda.

Concretamente, el artículo 399.3 LEC recoge ahora que se deberá hacer constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo o la imposibilidad del mismo, manifestándose y aportando, en su caso, los documentos que acrediten haber intentado la actividad negociadora previa o, si no hubiere sido posible llevarla a cabo por desconocer el domicilio del demandado o el medio por el que puede ser requerido, declaración responsable a tales efectos (art. 264.4 LEC). Si no se hicieran constar estas circunstancias en la demanda o no se acompañaren los documentos que acrediten dichos requisitos de procedibilidad, la demanda no será admitida (403.2 LEC).

Una de las razones por las que esta materia se dilucida a través de un juicio verbal de carácter sumario es la búsqueda de la celeridad en la resolución de este tipo de litigios. Por lo tanto, establecer como requisito de procedibilidad el haber acudido de forma previa a la vía judicial a un MASC va en contra de la propia idiosincrasia del carácter sumario de estos procesos. Un MASC es, en esencia, *negociación*, lo que conlleva cesiones por parte del acreedor, de ahí que consideremos que la nueva ley constituye un incentivo más para que el inquilino incumpla y, a su vez, se obstaculice el acceso a los tribunales para los propietarios; medidas que por muy bien intencionadas que puedan ser, no nos engañemos, acaban provocando que la oferta de viviendas en alquiler disminuya y que los precios de éstos aumenten fruto de la inseguridad causada por el legislador. Y, es más, diríamos que, en este tipo de controversias, lo habitual ya era que la primera opción del arrendador –y también de sus abogados– no fuera la de plantear demanda de desahucio de forma expeditiva sin tratar de solucionar el conflicto de forma extrajudicial, sino que, después de varios intentos infructuosos de buena fe, se interponía la demanda.

(5) *Vid.*, en particular, artículos 14 a 19 LOEP.

(6) Artículo 250.1.4.º LEC.

La competencia para conocer de estos procesos de desahucio corresponde a las Secciones Civiles o las Civiles y de Instrucción que constituyen una Sección Única del Tribunal de Instancia del lugar en que esté sita la finca (art. 52.1.7.º LEC).

Para que las demandas de desahucio de finca por falta de pago sean admitidas, el arrendador debe indicar las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio (art. 439.3 LEC). Además, si el arrendador pretende evitar la enervación del desahucio deberá aportar con la demanda prueba de haber realizado requerimiento de pago al arrendatario con al menos treinta días de antelación a la presentación de dicha demanda o de que el arrendador ya hizo uso de la facultad de enervación en un procedimiento anterior (art. 22.4 párrafo segundo LEC).

En relación con los requisitos del requerimiento de pago del arrendador al arrendatario a efectos de impedir la enervación de la acción hubo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Por esta razón, consideramos conveniente citar la jurisprudencia que dictó el Tribunal Supremo para resolver dichas discrepancias:

- «1. La comunicación ha de contener un requerimiento de pago de renta o cantidad asimilada.
- 2. Ha de ser fehaciente, es decir, por medio que permita acreditar que llegó a conocimiento del arrendatario, con la claridad suficiente.
- 3. Ha de referirse a rentas impagadas.
- 4. Debe transcurrir el plazo legalmente previsto, que ha venido fluctuando entre uno y dos meses, en las sucesivas reformas legales.
- 5. Que el arrendatario no haya puesto a disposición del arrendador la cantidad reclamada.

Sin embargo, en dicho precepto no se exige que se comunique al arrendatario:

- 1. Que el contrato va a ser resuelto.
- 2. Que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.

El legislador no obliga al arrendador a que se constituya en asesor del arrendatario, sino tan solo a que le requiera de pago» (STS núm. 508/2015, de 22 de septiembre que recoge, a su vez, lo declarado en las SSTs núm. 302/2014, de 28 de mayo, y núm. 335/2014, de 23 de junio).

Una vez admitida a trámite la demanda, el LAJ requerirá al demandado para que en el plazo de diez días desaloje el inmueble y pague al actor,



salvo que pretenda la enervación. En ese caso, deberá pagar lo debido o ponerlo a disposición del arrendatario en el juzgado o a través de depósito notarial. O también podrá formular oposición alegando por qué no debe –todo o en parte– las cantidades reclamadas o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (art. 438.5 párrafo primero LEC).

También se hará constar en dicho requerimiento (art. 438.5 párrafo segundo LEC) si el arrendador hubiera anunciado en la demanda –ya sea por falta de pago como por expiración del plazo– que se compromete a condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas, concretando dicha cantidades, a condición de que el arrendatario desaloje voluntariamente el inmueble en el plazo que se indique por el arrendador –que no podrá ser en ningún caso inferior a quince días desde que se notifique la demanda (art. 437.3 LEC)–. Si acepta tal compromiso equivaldrá a un allanamiento (art. 438.5 párrafo segundo LEC).

Igualmente, podrá interesarse en la demanda que se tenga por solicitada la ejecución del lanzamiento en la fecha y hora que se fije por el tribunal a los efectos señalados en el art. 549.3 LEC⁽⁷⁾ (art. 437.3 *in fine* LEC).

El requerimiento incluirá, además, el señalamiento de día y hora para que tenga lugar la eventual vista en caso de oposición del demandado –operando ya como citación–, así como el día y la hora exactos para la práctica del lanzamiento en caso de que no hubiera oposición. Además, se hará constar que, si el demandado quiere solicitar asistencia jurídica gratuita, deberá realizar tal solicitud en los tres días siguientes a la práctica del requerimiento, así como que la falta de oposición al requerimiento supondrá la prestación de su consentimiento a la resolución del contrato de arrendamiento que le vincula con el arrendador. Es decir, la falta de oposición al requerimiento o, en su caso, su incomparecencia a la vista provoca una inversión del contradictorio porque se equiparará a un allanamiento –al contrario que la regla general, en que la rebeldía del demandado o la no contestación a la demanda no implica *per se* una reducción o elusión de las cargas probatorias del actor–, pues equivaldrá a su consentimiento para la resolución del contrato de arrendamiento (art. 438.5 y 6 LEC). Así pues, se produce una inversión de la carga de la prueba del pago (art. 444.1 LEC), lo que facilita que no recaiga sobre el arrendador la prueba de un hecho negativo como sería el impago de las rentas establecidas en el contrato de arrendamiento –lo mismo podemos decir en

(7) Artículo que permite que, si en la demanda de desahucio se solicita la ejecución, se pueda ejecutar directamente la sentencia condenatoria de desahucio o el decreto que ponga fin al desahucio si no hubiera oposición al requerimiento, sin necesidad de realizar ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora exacta señalados en la propia sentencia o en el requerimiento –es decir, no hace falta interponer demanda ejecutiva–.

caso del desahucio por precario, donde el precarista deberá probar justo título para poseer—.

En el requerimiento se apercibirá al demandado de que, si no atiende al requerimiento de pago o no comparece para oponerse o allanarse, el LAJ dictará decreto dando por terminado el juicio de desahucio y se procederá al lanzamiento en el día y la hora fijadas, sin necesidad de notificación posterior.

Si el demandado atendiese al requerimiento desalojando el inmueble sin formular oposición, pero no pagase las rentas reclamadas, el LAJ dictará decreto dando por terminado el procedimiento, dejando sin efecto la diligencia de lanzamiento, a no ser que la parte demandante interese su mantenimiento para que se levante acta sobre el estado en que se encuentre la finca, dando traslado a la parte demandante para que inste el despacho de la ejecución en cuanto a la cantidad reclamada, bastando para ello con la mera solicitud.

En estos supuestos —que son: no atención al requerimiento; no comparecencia para oponerse o allanarse; o atención al requerimiento de desalojo, pero no al de pago—, en el decreto que dé por terminado el juicio de desahucio, se impondrán las costas al demandado e incluirá las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca, tomándose como base de la liquidación de las rentas futuras el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda. En caso de enervación, también se condenará al arrendatario al pago de las costas, salvo que las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador (art. 22.5 LEC).

Una de las modificaciones del juicio verbal operada por la LOEP —y que afecta, por tanto, a los juicios de desahucios aquí tratados— es la introducción de un trámite común de proposición de prueba por escrito de cinco días una vez contestada la demanda —o, en su caso, la reconvención—, mismo plazo de cinco días que puede ser utilizado por la actora para formular alegaciones con respecto a las excepciones procesales planteadas por el demandado en su escrito de contestación (art. 438.8 LEC) y, aunque la ley no lo prevea expresamente, también deberá ser posible que plantee las excepciones procesales con respecto a la personación y escrito de contestación de la demanda —podríamos decir que se crea una suerte de *audiencia previa por escrito*—. En los tres días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba, las partes podrán presentar las alegaciones respecto de la prueba propuesta de contrario —disponiendo el artículo 438.9 que las impugnaciones se limitarán a las previstas en los artículos 280 LEC (denuncia de inexactitud de una copia y efectos), 283 LEC (impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria), 287 LEC (li-

citud de la prueba) y 427 LEC (posición de las partes ante los documentos y dictámenes presentados)–.

El tribunal, al resolver por auto sobre las excepciones procesales planteadas y sobre la admisión de la prueba propuesta, se pronunciará también sobre la pertinencia de la celebración de vista, pudiendo, si no la considerara necesaria, acordar que queden los autos conclusos para dictar sentencia; especifica, además, el propio artículo 438.10 LEC, que si la única prueba admitida es la documental y ésta no fuera impugnada, o en el caso de que se hubieran presentado informes periciales, si no considera pertinente o útil la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia sin previa celebración de la vista. Esta misma disposición declara que contra dicho auto cabe recurso de reposición con efecto suspensivo, alterando con ello la regla general del carácter no suspensivo de los recursos de reposición prevista en el artículo 451 LEC.

Anteriormente, como sabemos, en el ámbito del juicio verbal en sentido amplio, la vista se convocaba de forma preceptiva cuando cualquiera de las partes la hubiese solicitado, lo que provocaba que se celebrasen vistas que no eran necesarias para resolver el litigio, ya que la única prueba a valorar era la documental. No obstante, si lo que se quería abordar era este problema, hubiera sido suficiente permitir al tribunal no acordar la celebración de la vista, aunque una de las partes la solicitase si entendiéndose que no es necesaria para resolver el litigio.

Si el demandado formula oposición, se celebrará, en principio, la vista en la fecha señalada ya en el requerimiento. Paradójicamente, pues, se dará el caso de que en el requerimiento inicial ya se ha fijado fecha para la celebración de la vista (art. 438.5 párrafo tercero LEC), pero *a posteriori*, al valorar la proposición de prueba de las partes, el tribunal decida que finalmente no es necesaria su celebración.

Este juicio verbal de desahucio por falta de pago tiene limitadas las posibilidades de alegación y prueba al pago o circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (art. 444.1 LEC)⁽⁸⁾. Si bien para el juicio de

(8) *Vid.* STS núm. 196/2022, de 7 de marzo: «En la nueva redacción del artículo 440.3 de la LEC, introducido tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, se acude a la técnica monitoria. Y de esta forma, una vez admitida a trámite la demanda, corresponde al letrado de la administración de justicia requerir al demandado, por el plazo de diez días, para que: a) desaloje el inmueble; b) pague al actor; c) ejercite su facultad de enervar la acción y, en tal caso, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; d) comparezca ante el tribunal y alegue sucinamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (art. 440.3 LEC). [/] Pues bien, la sumariidad del presente juicio de desahucio por falta de pago de la renta y sin

desahucio por expiración del plazo el objeto del mismo está concretado legalmente –la recuperación de la posesión del inmueble arrendado por extinción del plazo fijado contractual o legalmente (art. 250.1.1.º LEC)– y, por lo tanto, las alegaciones del demandado versarán sobre el mismo (negar la finalización del plazo contractual o legal); a pesar de su naturaleza sumaria (art. 447.2 LEC), no hay limitación legal expresa de las posibilidades de alegación y prueba⁽⁹⁾. En el caso del desahucio por precario, aunque por razón del objeto la defensa del demandado se limitará a la existencia de título justo que le permita la posesión del inmueble controvertido, debido a su naturaleza plenaria, no tiene limitación alguna en cuanto a las posibilidades de alegación y prueba.

En todos los casos de desahucio, también se apercibirá al demandado en el mismo requerimiento que de no comparecer a la vista se declarará el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia que se dicte el sexto día siguiente al señalado para la vista –ya sea presencialmente o a través de sede electrónica–. Asimismo, aunque hubiese oposición, en la resolución por la que se tenga por opuesto al demandado se fijará día y hora exacta para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que deberá verificarse antes de treinta días desde la fecha señalada para la vista, advirtiendo al demandado que, si la sentencia fuese condenatoria y no fuese recurrida, se procederá al lanzamiento en el día y la hora fijados, sin necesidad de notificación posterior. Además, será preceptivo que en todas las resoluciones que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, con independencia de que este se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y hora exacta en que tendrá lugar el mismo (art. 438.6 LEC).

En los juicios verbales en que se pida el desahucio de finca urbana, la sentencia se dictará en los cinco días siguientes –cuando la regla general es de 10 días–, practicándose la notificación de la sentencia en sede judicial, habiendo sido citadas en el propio acto de la vista cuando las partes no estuvieran representadas por procurador o ésta no debiera realizarse por medios telemáticos (art. 447.1 LEC). Se enfatiza, además, la nota de celeridad buscada en la configuración de estos procesos cuando se indica

acumulación del importe de las rentas adeudadas, determina, por las razones expuestas, que en su ámbito no puedan discutirse cuestiones que no sean las relativas al pago de la renta o la procedencia de la enervación de la acción, sin que quepa, con carácter general, ampliar los motivos de oposición a otras causas de extinción de las obligaciones previstas en el art. 1.156 del CC, que distingue, por una parte, entre pago, identificado como prestación debida en los términos pactados en la relación obligatoria, en este caso en el contrato de arrendamiento; y compensación, concebida ésta última como una *solutio* sin ejecución de la prestación debida».

(9) De ahí que la doctrina haya criticado que estos procesos se hayan convertido en sumarios y la sentencia dictada en los mismos carezca de efectos de cosa juzgada (BERNARDO SAN JOSE, A., *El juicio verbal de desahucio*, Civitas, Navarra, 2010, pp. 38 y 39).

que la notificación de la sentencia «tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco siguientes al de la sentencia». Otra novedad en sede de juicio verbal que podrá aplicarse a los procedimientos objeto de estudio es la posibilidad de que se dicte sentencia de forma oral al finalizar la vista –sin perjuicio de que posteriormente se redacte– (arts. 447.1 y 210.3 LEC). Como es lógico, al tener que motivarse de forma análoga a la escrita, tal vez el incentivo es más bien poco. Sin embargo, con respecto al desahucio por falta de pago y expiración del plazo, cuya motivación no suele ser compleja, sí que puede resultar una materia en la que los tribunales hagan uso de esta facultad; así, ORTEGA ATIENZA comenta que en estos casos podría ser útil para que el demandado conozca el fallo desde el momento en que finaliza la vista y pueda disponer de unos días más para poder organizar la salida del inmueble y la búsqueda de una alternativa habitacional⁽¹⁰⁾.

Aun cuando la sentencia sea condenatoria debido a un allanamiento, en previsión de que no se verifique por el arrendatario el desalojo voluntario en el plazo señalado, se fijará con carácter subsidiario día y hora en que tendrá lugar, en su caso, el lanzamiento directo del demandado, que se llevará a término sin necesidad de ulteriores trámites en un plazo no superior a 15 días desde la finalización de dicho periodo voluntario. De igual modo, en las sentencias de condena por incomparecencia del demandado, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada sin más trámite (art. 447.1 párrafo segundo LEC).

Contra las sentencias dictadas en los procesos de desahucio cabe recurso de apelación. En cualquier caso, en los procesos de desahucio, no se admitirán los recursos de apelación o casación interpuestos por el demandado si, al interponerlos, no manifiesta y acredita por escrito tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas (art. 449.1 LEC). Asimismo, estos recursos se declararán desiertos, con independencia del estado en que se hallen, si durante la sustanciación de los mismos el demandado recurrente dejare de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar (art. 449.2 LEC). Se le permite, además, al arrendatario recurrente adelantar o consignar el pago de varios períodos no vencidos –los cuales se sujetarán a liquidación una vez firme la sentencia y en ningún caso se considerarán novación del contrato–.

Estas exigencias podrán cumplirse a través de aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que,

(10) ORTEGA ATIENZA, R., «Novedades del juicio verbal tras la reforma de la LO 1/2025: la nueva “fase intermedia”, el desarrollo de la vista y la sentencia *in voce*. Problemas prácticos y posibles soluciones», *Diario La Ley*, núm. 10379, Sección Tribuna, 29 de abril de 2025, p. 13.

a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad debida (art. 449.5 LEC).

En relación con este requisito de procedibilidad o presupuesto de admisibilidad de todo recurso de apelación o casación en los procesos de desahucio debemos comentar la modificación reciente de uno de sus aspectos. El elemento que fue objeto de reforma por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, es el relativo a la subsanación de dicho presupuesto de admisibilidad. El apartado 6 del artículo 449 LEC, anteriormente, rezaba así: «antes de que se rechacen o declaren desiertos los recursos, se estará a lo dispuesto en el artículo 231 de esta Ley en cuanto a la acreditación documental del cumplimiento de los requisitos exigidos»; mientras que ahora dispone que «se estará a lo dispuesto en el artículo 231 para que puedan ser subsanados los defectos en que hubieran incurrido los actos procesales de las partes». Es decir, si antes se preveía la subsanación de la simple acreditación documental de cumplimiento de tal requisito, la literalidad actual permite subsanar el defecto en sí mismo, lo que conllevaría que podría subsanarse la falta de pago y no tan solo la falta de acreditación del pago. La jurisprudencia hasta el día de hoy era clara: la falta del presupuesto de admisibilidad del recurso no podía ser subsanada mediante un pago o consignación extemporánea y solo era posible la subsanación de la falta de acreditación del pago o consignación⁽¹¹⁾.

El cambio relevante que conlleva el dictado oral de la sentencia afecta a la interposición del recurso (art. 210.4 LEC). Tras el pronunciamiento oral de la sentencia, si las partes manifiestan su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la sentencia. En cambio, si tuvieran intención de recurrir, aunque el plazo para ello empieza a computarse desde el día siguiente a la notificación de la sentencia debidamente redactada, las partes dispondrán de un plazo de cinco días desde la celebración de la vista para presentar *un escrito manifestando su interés en recurrirla, con expresión de los pronunciamientos objeto del mismo*. Es decir, se está introduciendo una suerte de preparación de la apelación como la del artículo 457 del texto primigenio de la LEC, que tenía por rúbrica la «preparación de la apelación», suprimido por la Ley 37/2011.

Empero, el artículo 210.4 LEC no dispone frente a que órgano debe interponerse este escrito de preparación de la apelación, dudas que se acrecientan por la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2023, que estableció que el recurso de apelación se interpusiera directamente ante la Audiencia Provincial y no el Juzgado de Primera Instancia (ahora Tribunal de Instancia).

(11) Por todos, *vid.* AATS de 23 de marzo de 2010, núm. de recurso 1131/2008 y de 25 de mayo de 2010, núm. de recurso 651/2009.

En el Proyecto inicial de la LOEP, esta preparación de la apelación no se contemplaba en el artículo 210 LEC, sino que se introdujo en el trámite de enmiendas paralelamente a la recuperación para todos los casos del trámite de preparación del recurso de apelación ante el tribunal que hubiera dictado la resolución (art. 457 LEC). Finalmente, se aprobó la enmienda del artículo 210 LEC, pero no la segunda de reintroducción del artículo 457 LEC; de ahí que la interpretación teleológica –y lógica– nos lleve a concluir que, en el caso de sentencia *in voce*, deberá presentarse el escrito manifestando la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que pretendan impugnarse ante la Sección Civil o Sección Única que haya dictado tal resolución⁽¹²⁾.

1.2 Las reformas operadas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, en su Disposición final 5.^a, entre otras modificaciones de la LEC, reforma el proceso de desahucio de inquilinos u ocupantes en situación de vulnerabilidad. El propio Preámbulo (apartado III) describe tales reformas como «importantes mejoras»; no obstante, nos vamos a permitir, cuando menos, adelantar nuestro escepticismo en cuanto a su éxito, ya que vaticinamos para algunas, más bien, todo lo contrario.

1.2.1 *La introducción de un requisito de procedibilidad. Conciliación o intermediación previa a la interposición de la demanda*

El nuevo apartado séptimo del artículo 439 LEC introdujo un requisito de procedibilidad para los procesos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 (lo que incluía, por lo que aquí interesa, el procedimiento de desahucio por impago de rentas y cantidades debidas, por expiración del plazo fijado contractual o legalmente y por precario). Éste instauró como presupuesto necesario para poder sustanciar el proceso de desahucio que se hubiera intentado una conciliación o intermediación ya que, de lo contrario, no se admitiría la demanda. No obstante, la vigencia de este requisito de procedibilidad no se extendió a todos los juicios verbales de desahucio referidos, sino, solamente, a aquellos supuestos en los que el

(12) En profundidad, ORTEGA ATIENZA, R., «Novedades del juicio verbal tras la reforma de la LO 1/2025: la nueva “fase intermedia”, el desarrollo de la vista y la sentencia *in voce*. Problemas prácticos y posibles soluciones», *op. cit.*, p. 13.

arrendador demandante tenía la condición de gran tenedor, el inmueble controvertido constituía vivienda habitual del ocupante y que éste se encontrara en una situación de vulnerabilidad económica.

La finalidad de esta norma no era solo la genuina de cualquier medio autocompositivo de solución de controversias –es decir, que el arrendador y arrendatario o, en el caso del precario, propietario y precarista, solucionen el conflicto de forma amistosa, lo que permitiría mantener el contrato de arrendamiento o que el precarista mantenga la posesión del inmueble, o que voluntariamente el inquilino o precarista abandone el inmueble en cuestión, lo que permitiría, a su vez, evitar la actividad jurisdiccional–, sino que las Administraciones públicas dispusieran de más tiempo (el que dure el procedimiento de conciliación o intermediación previo a la interposición a la demanda) para «dar adecuada atención a las personas y hogares afectados, ofreciendo respuesta a través de diferentes instrumentos de protección social y de los programas de política de vivienda»⁽¹³⁾. Eso sí, como muy bien apuntaba LÓPEZ SIMÓ, a costa del propietario que vería retrasado unos meses el juicio de desahucio⁽¹⁴⁾.

La vigencia de estos requisitos de procedibilidad del artículo 439.6 c) y 7 LEC introducidos por la LDV, previstos para los casos en los que el actor fuera un gran tenedor, ha sido más bien corta. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 26/2025, de 29 de enero de 2025, ha declarado que estos requisitos que condicionan el acceso a la jurisdicción son inconstitucionales al constituir trabas excesivas respecto del fin que lícitamente perseguía el legislador –encontrar una solución habitacional para las personas en situación de vulnerabilidad–.

Concretamente, en relación con el artículo 439.6.c (que imponía la carga al actor gran tenedor de acreditar si la parte demandada se encontraba o no en situación de vulnerabilidad económica) se declara que constituía un requisito que limitaba el acceso a la jurisdicción de forma desproporcionada, más aún cuando el objetivo buscado podía alcanzarse por otras vías sin menoscabar el derecho de quien pretende acudir a los tribunales. Es más, el propio TC califica como innecesaria la disposición controvertida, porque la suspensión del proceso prevista en el artículo 441.5 LEC⁽¹⁵⁾, una vez ya admitida la demanda, permite a los servicios sociales y administraciones competentes adoptar soluciones habitacionales.

(13) Apartado III del Preámbulo de LDV.

(14) LÓPEZ SIMÓ, F., «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», *Diario LA LEY*, N.º 10383, Sección Tribuna, 8 de noviembre de 2023, p. 7.

(15) *Vid.* epígrafe 3.1.

Acto seguido, el TC extiende la inconstitucionalidad al artículo 439.7 LEC al tener este como presupuesto de aplicación la regla anterior declarada inconstitucional.

Eso sí, como hemos visto *supra*, el legislador no cesa en su empeño de introducir como requisito de procedibilidad para la generalidad de materias propias del orden jurisdiccional civil el haber acudido previamente a un medio adecuado de solución de controversias. De ahí que, si bien un óbice de constitucionalidad ha evitado la vigencia del requisito de procedibilidad específico para los desahucios creado por la LDV, el genérico introducido por la LOEP sí que es exigible hoy en día para estos procedimientos.

1.2.2 *Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda*

La LDV ha añadido unos nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deberán acompañar a la demanda de desahucio de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250 para que ésta sea admitida (art. 439.6 LEC).

Así, deberá especificarse:

- a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante –la forma más sencilla de acreditar tal circunstancia sería con una certificación del padrón municipal de la persona ocupante de la vivienda, si bien debe apuntarse que tal certificado de empadronamiento solo puede solicitarse por el propio interesado, lo que implica que el propietario demandante no podrá solicitarlo sin su autorización⁽¹⁶⁾–;
- b) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda (art. 3.k LDV), si no fuera así, se deberá adjuntar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en la que conste la relación de propiedades a nombre de la parte actora;

Como hemos adelantado en el epígrafe anterior, el apartado c) de este artículo 439.6 LEC, que imponía la carga al actor gran tenedor de acreditar si la parte demandada se encontraba o no en situación de vulnerabilidad económica, ha sido declarado inconstitucional⁽¹⁷⁾.

(16) *Ibidem*, p. 12 y notas 19 y 20.

(17) Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica se debía aportar documento acreditativo emitido, con una vigencia no superior a tres meses y previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. La concu-

Con vehemencia, pero cargado de razón, criticaba CORTÉS DOMÍNGUEZ la introducción por la LDV de estos requisitos de contenido y de aportación de documentos en la demanda para que esta pueda ser admitida –además de otras modificaciones–: «En realidad, se trata de una ley con una fuerte carga ideológica que, para defender la posesión o la mera tenencia, o incluso la ocupación por determinadas personas de inmuebles dedicados a viviendas, *cercenan innecesariamente el derecho de propiedad de sus titulares hasta extremos de hacer muy difícil, o de entorpecer gravemente, el ejercicio del derecho de propiedad que se contiene y se manifiesta en la presentación de la demanda pidiendo la tutela judicial efectiva de este derecho, que el propietario cree y pretende se ha vulnerado, poniendo trabas, que pueden ser definitivas, al derecho fundamental que consagra el artículo 24 de la Constitución*

Todo esto, en caso de ser superado por el demandante (que lo es, no lo olvidemos, en un proceso sumario que intenta solventar problemas posesorios urgentes y perentorios), bajo nuestra opinión, es un importante empeño del legislador de impedir el normal ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que tiene el propietario o el usufructuario de un inmueble dedicado a vivienda para recuperar su posesión de quien no tiene título legítimo para ello, agravando la situación procesal del demandante con una inusual e irregular, desde el punto de vista constitucional, exoneración de la carga de la prueba que hace quebrar el principio de la igualdad de partes en el proceso y el de la distribución de la carga de la prueba de acuerdo con el elemental principio de la facilidad probatoria (art. 217 LEC). Pueden existir, pues, serias dudas de la constitucionalidad de la reforma que estamos analizando.... Si a todo ello unimos una muy deficiente calidad legislativa, nuestra opinión no puede ser, en absoluto positiva» (las cursivas son nuestras)⁽¹⁸⁾. Críticas que han sido, en cierto modo, corroboradas después por el Tribunal Constitucional.

1.2.3 Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada

El apartado tercero de la DF 5.^a LDV introdujo un nuevo apartado quinto en el artículo 440 LEC: «5. En todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento

rencia de tal circunstancia también podía acreditarse mediante la declaración responsable emitida por la parte actora de que había acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma; o el documento acreditativo con una vigencia no superior a tres meses de los servicios competentes que indicasen que la persona ocupante no consentía expresamente el estudio de su situación económica.

(18) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con MORENO CATENA, V.), 12.^a edición, Valencia, 2023, pp. 113 y 114.



del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo»; es decir, se prohíben los desahucios sin fecha y hora predeterminada. Sin embargo, esta novedad, diríamos, que no es tal, ya que el apartado 4 del propio artículo 440 ya establecía anteriormente que «en todos los casos de desahucio.... en la resolución que se dicte...se fijará día y hora exactas para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento». La novedad residiría en que se especifica que el señalamiento del lanzamiento con fecha y hora concreta se hará con *independencia de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad*. Dichos apartados 4 y 5 del artículo 440, tras el Real Decreto-Ley 6/2023 de 19 de diciembre, se ubican sin cambios en el artículo 438.6 LEC. Esta medida era una demanda de plataformas y asociaciones vecinales antidesahucios, ya que algunos órganos judiciales acordaban la diligencia de lanzamiento sin señalar una fecha y hora exactas, tan solo señalaban un plazo, para evitar que estas organizaciones pudieran torpedear el lanzamiento. En estas situaciones, en las que se pueda prever que se intentará dificultar el lanzamiento, será recomendable solicitar que la policía acuda para facilitar el lanzamiento y la seguridad de la comisión judicial y de las demás personas que intervengan⁽¹⁹⁾.

Asimismo, la citada DF 5.^a LDV ha modificado el 150.4 LEC, eliminando el consentimiento que se requería para que, al notificar resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se diera traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procedía su actuación.

Otra de las reformas introducidas por la LDV (apartado cuarto de la Disposición Final 5.^a) en los procesos de desahucio afecta a la suspensión del proceso en situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado que preveía el artículo 441.5 LEC. No obstante, en aras de una mayor claridad expositiva, se tratará en el epígrafe que dedicaremos en exclusiva a la suspensión de los procesos de desahucio motivada por la vulnerabilidad del demandado.

1.3 Algunas cuestiones problemáticas

1.3.1 *La acumulación de la acción de reclamación de rentas debidas a la acción de desahucio*

Como sabemos, el juicio verbal de desahucio por falta de pago o por expiración del plazo legal o contractual tiene naturaleza sumaria (art. 447.2

(19) LÓPEZ SIMÓ, F., «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», *op. cit.*, p. 17.

LEC) –así como el resto de juicios verbales sobre la tutela sumaria de la posesión–; de ahí que los motivos de oposición se circunscriban únicamente a «alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación» (art. 444.1 LEC).

A priori, el objeto del proceso de desahucio por falta de pago o por expiración del plazo del arriendo se limita a la resolución del contrato por dichas causas y a la recuperación de la posesión del inmueble. No obstante, entre las excepciones del artículo 437.4 LEC a la regla general de prohibición de acumulación objetiva de acciones en los juicios verbales, encontramos que se permite acumular la acción de reclamación de cantidad de las rentas vencidas y no pagadas (con independencia de la cantidad que se reclame) en los juicios de desahucios de finca por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo (art. 437.4.3.^a LEC). En cuanto a la acumulación subjetiva de acciones, no hay limitación alguna siempre y cuando se cumplan los requisitos generales de los artículos 72 y 73.1 (art. 437.3 LEC) ⁽²⁰⁾.

Que el artículo 438.5 –antiguo artículo 440.3 LEC–, cuando se refiere a la oposición, establezca que «[el arrendatario] alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación», significa que el demandado puede formular oposición alegando todos los motivos por los que considera que no se deben las cantidades reclamadas –y proponiendo los medios de prueba que correspondan–.

Así, en la STS Sala 1.^a (Pleno) núm. 1006/2023, de 21 de junio, el TS declara que «[l]a acumulación de la acción de reclamación de cantidad a la acción de desahucio permite alegar y conocer acerca de si se debe o no la cantidad reclamada conforme al contrato, sin que se puedan establecer limitaciones a la cognición de las excepciones al pago invocadas. De esta forma, hay que concluir que el procedimiento pasa a tener la naturaleza plenaria propia de un pleito en el que se reclama el pago de una cantidad, con efectos de cosa juzgada, dada la imposibilidad de escindir los efectos que el conocimiento de la reclamación de rentas puede provocar en el desahucio por impago. En la medida en que la estimación de una excepción al pago puede determinar que la cantidad reclamada no se deba, ello puede dar lugar al fracaso de la acción de desahucio, pues sin impago no hay causa de desahucio» ⁽²¹⁾. Esto es, no pueden limitarse los motivos de opo-

(20) Artículo 437.4.3.^a *in fine*: «Asimismo, también podrán acumularse las acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario previo requerimiento de pago no satisfecho».

(21) *Vid.*, también, el comentario que realiza de esta sentencia el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo VELA TORRES, P., «Los juicios verbales en que se acumulen la acción de desahucio y la acción de reclamación de cantidad no tienen carácter sumario», *Diario LA LEY*, n.º 10379, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2 de noviembre de 2023.

sición en relación con la deuda reclamada aduciendo que son cuestiones complejas que exceden el limitado objeto del juicio verbal de desahucio y remitir al demandado al proceso ordinario plenario que corresponda⁽²²⁾. Además, ello conlleva que un juicio verbal de desahucio al que se le acumula una acción de reclamación de cantidad por las rentas debidas se convierta en un proceso de naturaleza plenaria. Así pues, la LOEP ha modificado el citado artículo 447 LEC añadiendo un párrafo en el apartado segundo que recoge esta jurisprudencia⁽²³⁾.

No obstante, al hilo de esta cuestión, queremos precisar el alcance de la cosa juzgada en los juicios de desahucio que sí tienen naturaleza sumaria. Aunque el artículo 447.2 LEC es rotundo⁽²⁴⁾, la jurisprudencia, desde los tiempos de la LEC de 1881, viene afirmando que aunque el desahucio tenga naturaleza sumaria sí que produce efectos de cosa juzgada en relación con lo que es el propio objeto del juicio de desahucio, por lo efectivamente resuelto en la sentencia que pone fin al proceso, como por aquellas otras cuestiones que pudieron ser discutidas en el marco de dicho proceso, de ahí que las partes no puedan reproducir estas cuestiones en un proceso plenario posterior⁽²⁵⁾.

(22) Vid. la SAP de Lugo núm. 387/2016, de 6 de octubre: «el artículo 444.1 debe ser interpretado de forma flexible, en el sentido de que, concurriendo los presupuestos fijados en el artículo 250.1.1.º para acudir a este juicio, cabe dentro de él la alegación o prueba de cualquier circunstancia relativa al cumplimiento o incumplimiento de la obligación de pago, incluida la inexistencia de la obligación de pagar por cualquier motivo, como por ejemplo la falta de realidad del contrato de arrendamiento o su extinción o el previo incumplimiento del arrendador, supuesto en el que habrá de resolverse sobre si las circunstancias por el alegadas justifican la falta de pago de la renta».

(23) «En relación con las demandas en las que se acumulen a la pretensión de desahucio o recuperación de finca dada en arrendamiento, por impago de renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, las acciones de reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, así como las acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario, los pronunciamientos de la sentencia en relación con esas acciones acumuladas a la de desahucio producirán efectos de cosa juzgada».

(24) «No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias».

(25) Una sólida crítica realiza BERNARDO SAN JOSÉ, A., a esta doctrina en *El juicio verbal de desahucio*, op. cit., p. 211: «En nuestra opinión, sin embargo, esta postura, completamente contraria a la letra y al espíritu de la LEC, es insostenible. La vigente LEC establece con claridad la ausencia de fuerza de cosa juzgada de las sentencias recaídas en los procesos sumarios y esta particularidad es vinculada expresamente por la misma Ley al carácter sumario de los mismos (art. 447.2 y Exposición de Motivos, epígrafe XII, LEC). Y si las sentencias dictadas en los procesos sumarios carecen de efectos de cosa juzgada, no puede decirse, sin incurrir en una patente contradicción, que dichas sentencias sí producen estos efectos sobre lo efectivamente juzgado (y aquello que pudo serlo), sin que sobre ello quepa volver a debatir en el proceso plenario posterior. ¿Es que acaso la cosa juzgada puede abarcar algo distinto de aquello que fue alegado o que pudo ser efectivamente alegado en el proceso?». En profundidad, vid. pp. 207 a 213 de esta monografía.

1.3.2 Sobre la reconvencción

El juicio verbal es el procedimiento adecuado para ventilar una acción de desahucio, con independencia de si se acumula o no con una acción de reclamación de rentas⁽²⁶⁾. Y la regla general en los juicios verbales en relación con la reconvencción es que «en ningún caso se admitirá reconvencción en los juicios verbales que, según la ley, deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada», admitiéndola para los demás siempre que ello no conlleve «la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre las pretensiones de la reconvencción y las que sean objeto de la demanda principal» (438.2 LEC; art. 406.1 y 2 LEC). Si bien, como hemos visto anteriormente, cuando se acumula a la acción de desahucio la acción de reclamación de rentas, el proceso pierde su naturaleza sumaria –y, por lo tanto, su cognición ya no se limita estrictamente al hecho del pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación–, por lo que sí se admite reconvencción –claro está, siempre que ésta no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal–.

En el caso particular de la STS núm. 966/2023, de 19 de junio, que versaba sobre el planteamiento de la cláusula *rebus sic stantibus*, se declara que, al igual que en el resto de juicios plenarios⁽²⁷⁾, no basta su planteamiento como excepción en la contestación a la demanda, sino que requiere que se formule expresamente a través de reconvencción.

No obstante, si atendemos al 249.1.6.º LEC, una reconvencción de tal naturaleza supondría la improcedencia del juicio verbal, aunque esté claro que la conexión es evidente entre la pretensión de reclamación de rentas y el planteamiento de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Pese a ello, el Tribunal Supremo salva este óbice, permitiendo formular reconvencción planteando la cláusula *rebus sic stantibus* en un juicio verbal en el que se acumula a la acción de desahucio por falta de pago la acción de reclamación de rentas o cantidades porque «la conexión constituye, en estos casos, el criterio principal para que la reconvencción se admita con una doble y fundamental finalidad: por un lado, permitir al demandado una defensa completa; y, por otro lado, concentrar en el juicio verbal de desahucio toda la discusión, evitando la pluralidad de procesos, economizando gastos y esfuerzos, y agilizando lo más posible la resolución definitiva y sin dejar cabos sueltos de la controversia existente entre las partes».

(26) 250.1.1.º, 249.1.6.º y 818.3 LEC.

(27) *Vid.*, por ejemplo, SSTs núm. 822/2012, de 18 de enero, y núm. 658/2012, 14 de noviembre.

La no admisión de la reconvencción, prosigue el TS, chocaría con los objetivos perseguidos con la reforma de la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en especial con el artículo 440.3 LEC (actual art. 438.5 párrafo primero) que «no establece limitaciones a las razones que puede alegar el arrendatario por entender que no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada», dentro de las cuales deben incluirse aquéllas que, como la cláusula *rebus sic stantibus*, deben hacerse valer por vía de reconvencción. Y tampoco casaría con la tan ansiada eficiencia, ya que de lo contrario «no le dejaría al demandado más salida que el planteamiento de la cláusula *rebus sic stantibus* en un juicio declarativo ordinario, lo que no solo contravendría los propósitos de agilización y eficiencia perseguidos por el legislador por antieconómico y retardatario, sino que, al dividir en dos procesos la controversia que se podría resolver en uno solo, resultaría disfuncional y perturbador».

Y en relación con la reconvencción, recientemente, el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia importante, la STS núm. 1070/2024, de 24 de julio. El supuesto de hecho que dio origen a esta sentencia es el de un arrendatario que, después de contestar a la demanda de desahucio, interpone una demanda contra el arrendador en la que invoca la cláusula *rebus sic stantibus* para solicitar la suspensión del pago de la renta del contrato de arrendamiento del local, su reducción y su moratoria. Admitida ésta, pide la suspensión del juicio de desahucio por prejudicialidad civil alegando la pendencia de este proceso declarativo ordinario. El Tribunal Supremo a la hora de resolver se refiere a la jurisprudencia constitucional que proscribe cargar al demandado con la obligación de reconvenir en el pleito primario ejercitando todas las acciones posibles relativas al negocio jurídico celebrado con el demandante⁽²⁸⁾, pero afirma que la situación que se le plantea es distinta. En el procedimiento declarativo que ha iniciado la arrendataria, ésta «no ejercita una pretensión relativa al contrato celebrado por las partes que sea ajena a las pretensiones que se ventilan en el procedimiento de desahucio», sino que «se encuentra en estrecha conexión con el procedimiento de desahucio y con las razones por las que, a su juicio, no debe la renta reclamada, con la consecuencia de que ni procedería el desahucio ni se le podría condenar al pago». Por consiguiente, desestima la petición de suspensión con fundamento en la prejudicialidad civil.

Así pues, con esta sentencia, el Tribunal Supremo está imponiendo al arrendatario demandado la carga de formular reconvencción con efectos preclusivos cuando su objeto no sea ajeno a las pretensiones que se ventilan en el procedimiento de desahucio –si no debe en todo o en parte la cantidad reclamada (art. 439.5 LEC)–, porque si esta prosperase, provo-

(28) STC núm. 106/2013, de 6 de mayo.

caría que no pudiera estimarse el desahucio ni la acción de reclamación de rentas debidas. La regla de preclusión que impide que hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un proceso anterior lo sean en uno posterior, conlleva, a su vez, que no impide la formulación de pretensiones en un proceso ulterior si éstas permanecieron imprejuizadas en el primero; y esto último es lo que el TS declara que en un supuesto de esta naturaleza no opera. CORDÓN MORENO, al analizar esta resolución, saca a colación jurisprudencia relacionada del TS «que había excluido la preclusión de la reconvencción cuando la acción en ella ejercitada tenía una finalidad distinta de la acción principal»⁽²⁹⁾; no obstante, en este supuesto, en la demanda que funda el ulterior proceso operaría la aplicación del principio de preclusión porque sí coincidía la finalidad, que sería la desestimación de la acción de desahucio y de la acción de reclamación de rentas debidas.

1.3.3 *Discrepancias en la cantidad a pagar o consignar para enervar el desahucio*

Como ya hemos comentado, en los procesos de desahucio por falta de pago de las rentas o cantidades debidas, tras el requerimiento, en un plazo de diez días, si el demandado pretende la enervación debe realizar un pago enervador del desahucio. Y aunque el demandante haya afirmado previamente en la demanda que en dicho caso la enervación no ha lugar, la alegación por parte del demandado de cualquier circunstancia relativa a la enervación se ha de realizar en el escrito de oposición (art. 438.5 LEC). Si el demandante se opone a la enervación, se citará a las partes a la vista del artículo 443 LEC y resolverá con sentencia declarando enervada la acción o estimando la pretensión de desahucio (art. 22.4 LEC). Aunque exista discrepancia entre actor y demandado, ello no permite que este último realice con posterioridad el pago enervador, sino que el pago o consignación debe realizarse en el momento inicial del proceso –aunque sea inferior a lo reclamado– y si hubiera disconformidad entre las partes, ya sea porque el demandante considera que no procede la enervación del desahucio o porque las cantidades reclamadas no coincidan con las que el demandado reconoce como debi-

(29) «(...) la racional interpretación del artículo 400 citado exige la aportación de todas las alegaciones posibles en defensa de lo pedido o de la oposición a lo pedido, pero no puede comprenderse que pueda alcanzar a la imposibilidad de ejercitar acción distinta con finalidad distinta a la previamente ejercitada; y esta circunstancia es la que ha tenido lugar en el presente pleito» (STS de 16 de mayo de 2007, RJ 2007/3555). CORDÓN MORENO, F., «De nuevo sobre el juicio de desahucio en el que se acumula la acción de reclamación de rentas o cantidades debidas», *Gómez-Acebo & Pombo*, 30 de septiembre de 2024, <https://ga-p.com/publicaciones/de-nuevo-sobre-el-juicio-de-desahucio-en-el-que-se-acumula-la-accion-de-reclamacion-de-rentas-o-cantidades-debidas/>.

das, se celebrará una vista para que el juez decida sobre su procedencia (STS núm. 576/2019 de 5 de noviembre).

Por lo tanto, aunque la literalidad de la ley, artículo 22.4 LEC, disponga que la enervación requiere el pago o la puesta a disposición del actor en el tribunal o notarialmente, dentro del plazo conferido en el requerimiento, del importe de las *cantidades reclamadas* en la demanda y de las que adeude en el momento de dicho pago enervador, el propio artículo 22.4 LEC, anteriormente, dispone que «el pago de las rentas o cantidades *debidadas*» provocarán la terminación del proceso y, también, el artículo 438.5 LEC dispone que el actor «en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que *deba*». Lo lógico es que el criterio relevante para resolver cualquier discrepancia sean las cantidades efectivamente debidas y no el *importe reclamado en la demanda* –lo que coadyuva, también, a evitar que las partes obren al respecto con mala fe– ⁽³⁰⁾.

2. DESAHUCIO POR PRECARIO (ART. 250.1.2.º LEC)

La LEC prevé como una modalidad con ciertas especialidades de juicio verbal el proceso de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC: «las [demandas] que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca»). En la LEC del 1881, los procesos de desahucio por precario eran de naturaleza sumaria, no obstante, la LEC del 2000, en el artículo 447, no recoge el desahucio por precario entre los juicios verbales de desahucio de naturaleza sumaria, cuyas sentencias no tienen efectos de cosa juzgada. En el propio Preámbulo de la LEC se explica que «la experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad» ⁽³¹⁾. En consecuencia, y a diferencia de lo previsto para otros juicios de desahucio (art. 444 LEC), no se prevé límite alguno a las posibilidades de alegación y prueba para el proceso de desahucio por precario, lo que significa que en dicho proceso se puede discutir cualquier cuestión que afecte al título ocupacional que

(30) CORDÓN MORENO, F., «Cantidad que el arrendatario debe pagar o consignar para enervar la acción de desahucio», *Gómez-Acebo & Pombo*, 28 de julio de 2022, <https://ga-p.com/publicaciones/cantidad-que-el-arrendatario-debe-pagar-o-consignar-para-enervar-la-accion-de-desahucio/>.

(31) Apartado XII.

pueda alegar el demandado para justificar la posesión del inmueble controvertido. Eso sí, en el proceso de juicio verbal de desahucio por precario su objeto se limita al conocimiento, aunque con cognición plena, a una acción posesoria, por lo que el análisis de cualquier derecho real o de carácter personal que justifiquen su validez y eficacia se hará a efectos meramente prejudiciales para resolver única y exclusivamente sobre la posesión del inmueble.

Las siguientes sentencias son ilustrativas al respecto. La SAP de Girona núm. 423/2017, de 2 de noviembre: «En consecuencia, firmado el carácter plenario del desahucio por precario, cabe discutir en su seno todas aquellas cuestiones que afecten o se refieran al título ocupacional, que pueda esgrimir o alegar el demandado para justificar su situación posesoria, sin que proceda invocar la existencia de complejidad que provoque la desestimación de la demanda». Y la SAP de Sevilla núm. 271/2015, de 3 diciembre, en la que no es que se aplique un límite a las posibilidades de alegación en el seno de un juicio de desahucio por precario, sino que se declara lo inadecuado del procedimiento y se remite al proceso ordinario que corresponda porque la naturaleza de la acción realmente ejercitada no era posesoria, sino reivindicatoria: «Es decir, que no se trata en realidad de una discusión sobre el derecho a poseer, sino sobre la propiedad del semisótano, con lo que se está utilizando el precario para reivindicar una parte de la finca que está siendo poseída de hecho y a título de dueño por la parte demandada desde hace más de treinta años.... Por lo tanto, visto que no se trata de recuperar la posesión perdida, deberá ser en un juicio contradictorio en el que se examinen los títulos invocados por cada uno de los litigantes, y se determine la preferencia de uno sobre otro ya que no es posible establecer si la parte actora adquirió por usucapión la finca puesto que le está vedado formular petición al respecto en este juicio».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el marco del juicio verbal de desahucio por precario, ha utilizado un concepto de precario muy amplio. Así, la STS núm. 134/2017, de 28 de mayo, lo define, recogiendo jurisprudencia consolidada de la Sala 1.^a, como «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho». Es decir, el precario no se circunscribe a aquellos supuestos en los que la posesión del inmueble ajeno deriva de la mera liberalidad o tolerancia de su propietario o de aquel que ostenta el derecho a disfrutarla –y, por lo tanto, puede poner fin al precario cuando desee–;



sino que también abarca todos aquellos supuestos en los cuales la posesión es ilegítima o sin título⁽³²⁾.

Los presupuestos necesarios para que prospere la acción de desahucio por precario, atendiendo a la jurisprudencia consolidada⁽³³⁾, son: que el demandante tenga un título en concepto de dueño, usufructuario o cualquier otro título que le dé derecho a disfrutar del inmueble; que el demandado detente la posesión material del inmueble sin título que la justifique –y ello entendido en sentido amplio, cualquier posesión ilegítima sin título como en virtud de un título nulo o que haya perdido su validez– y, también, en todo caso, sin pagar renta o merced⁽³⁴⁾; y, por último, la clara identificación de la finca (para que la recuperación posesoria que se solicite y, en su caso, pueda obtenerse, llegue a hacerse efectiva, sin dificultad alguna).

(32) Así, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia núm. 703/2018, de 25 octubre: «en cuanto al tema del alcance del concepto de precario a la vista de la redacción dada por la LEC de 2000 al artículo 250.1.2.º, ya hemos dicho que cuando el precepto se refiere a finca ‘cedida en precario’ no está modificando el concepto de precario sino simplemente utilizando un giro gramatical que no afecta a la delimitación de la institución. [/]Pensemos que la única mención legal explícita al ‘precario’ es la de la ley procesal, pues ni siquiera el Código Civil, al definir la institución utiliza la expresión de precario. [/]Sobre la base del artículo 1.750 del Código Civil, sin embargo, la jurisprudencia ha construido un concepto amplio y claramente definido del precario, que comprende no sólo las situaciones en que se parte del consentimiento del titular de la finca, sino cualquiera otra en que éste se vea privado de su legítima posesión por cualquier causa. [/] En base a ello, la dicción de la ley procesal no altera el concepto material de la expresión ‘precario’. Igualmente, esta misma Audiencia, en su sentencia núm. 731/2018, de 17 de diciembre, declara «que el precario constituye la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia del propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a dicha tenencia; concepto de creación jurisprudencial a partir de los términos del derogado artículo 1565.3 LEC 1881, que no se reduce a la noción estricta del precario en el Derecho Romano, sino que amplía los límites del mismo a otros supuestos de posesión sin título, además de la posesión concedida por liberalidad del titular, como la posesión tolerada (que no tiene su origen en un acto de concesión graciosa) y la posesión ilegítima o sin título para poseer, bien porque no ha existido nunca o por haber perdido vigencia, teniendo todos estos supuestos en común, la posibilidad de que el titular del derecho pueda recuperar a su voluntad el completo señorío sobre la cosa, de forma que, lo que se puede discutir y resolver es acerca del derecho a poseer, aunque vía acumulación o reconvención, pueden conocerse otras cuestiones que puedan ser debatidas en un juicio verbal (con los requisitos y garantías del artículo 348 LEC)».

(33) Entre otras, *vid.* SSTs núm. 502/2021, de 7 de julio y núm. 605/2022, de 16 de septiembre; y SSAP de Barcelona núm. 379/2018, de 1 de junio y de Badajoz núm. 381/2020, de 11 de junio.

(34) Recogiendo jurisprudencia de la propia Sala 1.ª del TS, *vid.* la STS núm. 110/2012, de 28 de febrero: «no constituyen merced que desvirtúe el precario ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca si no fueron aceptados por el dueño en concepto de contraprestación y mucho menos si no son periódicos y equiparables al pago comúnmente usual del alquiler»; «la posesión de un bien inmueble a título de arrendamiento exige la prueba por el poseedor de que existe una renta como precio del arriendo, sin que el mismo pueda quedar justificado por la mera acreditación de que se han producido algunos pagos, cuando se ignora la finalidad y periodicidad de los mismos»; y «el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga...».

Tampoco procederá el desahucio por precario si el demandado posee el inmueble en virtud de comodato (STS núm. 443/2010, de 14 de julio).

Si bien la carga de probar el título de dueño, usufructuario o de cualquier otro derecho que le faculte poseer recaerá sobre el demandante, la prueba de la existencia de un título que ampare la posesión del demandado o que concurre el pago de renta o merced corresponde a la parte demandada⁽³⁵⁾.

La amplitud que ha validado la jurisprudencia del concepto de precario ha hecho que este juicio verbal de desahucio por precario haya sido una vía válida para hacer frente a los supuestos de ocupación ilegal de viviendas. Cauce que ha seguido siendo utilizado, incluso, tras la aprobación de la Ley 5/2018 que introduce un cauce específico de interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente (art. 250.1.4.º párrafo segundo LEC), conocido popularmente como *desahucio exprés de okupas*. El propio preámbulo de la ley declaraba que el desahucio por precario «plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante». De ahí que fuera razonable pensar que el cauce del 250.1.2.º LEC se limitase *stricto sensu* a supuestos de vivienda *cedida en precario*⁽³⁶⁾. Sin embargo, el devenir no ha sido este, sino que el juicio verbal de desahucio por precario en la práctica forense continúa utilizándose como un procedimiento apto para recuperar la posesión de una vivienda en supuestos de ocupación ilegal⁽³⁷⁾. Vía que ha sido validada por la jurisprudencia mayoritaria, que opta por no estimar una excepción de inadecuación de procedimiento en los procesos de desahucio por precario ni establecer la obligatoriedad de acudir al nuevo cauce procedimental⁽³⁸⁾. Es más, otra razón por la que el juicio por precario se sigue utilizando para hacer frente a las ocupaciones es que el procedimiento del artículo 250.1.4.º párrafo segundo LEC se limita, objetivamente, a la desocupación de una vivienda y, subjetivamente, la legitimación activa a personas físicas, entidades sin ánimo de lucro y entidades públicas. Aun así, tal vez, la LOEP ayude a revertir esta tendencia; la exclusión de la aplicabilidad del requisito de procedibilidad a

(35) STS núm. 605/2022, de 16 de septiembre.

(36) De hecho, autores como VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., en *El juicio verbal y sus especialidades*, *op. cit.*, p. 145, así lo sostenían.

(37) LÓPEZ SIMÓ, F., «Las reformas introducidas en el procedimiento de “desahucio exprés de okupas” por la Ley 12/2023 sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo», *Revista jurídica de les Illes Balears*, núm. 24, 2023, pp. 95 a 96 y nota 9.

(38) *Vid.*, entre otras, SSAP de Barcelona núm. 1169/2019, de 18 de diciembre; núm. 462/2020, de 9 de junio; núm. 425/2023, 21 de julio; núm. 337/2024, de 22 de enero. También, las SSAP de Madrid núm. 494/2019, de 17 de octubre; de Toledo núm. 694/2022, de 8 de junio; de Valencia núm. 538/2023, de 21 de diciembre.

los procesos del artículo 250.1.4.º LEC y su exigencia para el desahucio por precario podrá suponer un incentivo más para recurrir en estos casos a la vía específica del *desahucio exprés de okupas*.

Esta controversia ha llegado al Tribunal Supremo, pero éste nunca ha llegado a resolver al respecto porque se planteaba vía recurso de casación, cuando esta cuestión no podía ser objeto del mismo por ser el 250.1.2.º LEC un precepto de naturaleza procesal (por ejemplo, *vid.* ATS núm. 3562/2019, de 9 de septiembre). Una magnífica síntesis de la cuestión, y de la tesis mayoritaria, la expone la SAP de Barcelona núm. 349/2020, de 19 de mayo⁽³⁹⁾: «Es cierto que, al respecto, pueden surgir nuevas dudas sobre esta materia después de que la Ley 5/2018 de 11 de junio de modificación de la LEC, que crea a favor de las personas físicas un procedimiento interdictal de recuperación inmediata del inmueble, manifieste en su Exposición de Motivos que “El cauce conocido como “desahucio por precario” plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante”. [/] Pero el Tribunal Supremo, deslindando el ámbito de la casación civil, ha rechazado reiteradamente entrar a resolver la discrepancia existente entre Audiencias en relación con la idoneidad del artículo 250.1.2 de la L. E. C. para acoger las reclamaciones derivadas de la privación de la posesión sin que previamente haya mediado una cesión del propietario. Señala el Alto Tribunal que no constituye objeto de casación la revisión de normas de contenido procesal, y que dilucidar el sentido de la expresión ‘cedida en precario’ es cuestión estrictamente procesal. Autos TS 30.1.2019 (recurso 3348/16) y 15.7.2015 (recurso 1193/14). [/] Es decir, esta doctrina nos está indicando claramente que el artículo 250.1.2 de la L. E. C. no es relevante a la hora de definir y determinar el concepto civil de precario, autónomo de la regulación procesal. El concepto sustantivo de precario se define fuera del artículo 250.1.2 de la L. E. C. Y tanto es así que el precepto lo único que dice es que la finca haya sido cedida ‘en precario’ sin determinar en qué consiste éste, que viene definido por la jurisprudencia. La Audiencia de Barcelona no ha acogido la interpretación limitativa, al entender que no está restringiendo el concepto de precario, que queda indeterminado (o en blanco) en dicho precepto, debiendo integrarse con el concepto civil sustantivo.[/] Lo expuesto nos conduce, pues, a entender que la expresión cedida en precario que utiliza la L. E. C. no va más allá de ser una fórmula gramatical, más o menos precisa y acertada, con la que el legislador procesal designa un tipo de proceso por la materia para el ejercicio de la acción de desahucio por precario (acción cuyo contenido material viene

(39) Sentencia utilizada como referencia, también, al tratar esta cuestión, por FUENTES-LOJO RIUS, A. (Coord.), *Desahucios paso a paso. Guía práctica sobre el proceso de desahucio en los diferentes supuestos*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 22 y 23.

fijado por el Código Civil y la jurisprudencia).[/]Cualquier titular de derecho podrá acudir a cualquiera de las vías procesales que detallábamos al principio de este fundamento de derecho segundo. [/]Por lo tanto, entendemos que cabe el ejercicio de la acción del artículo 250.1.2 de la L. E. C. en cualquier caso de ocupación ilegítima, tenga origen tolerado o no».

Con todo, éste no ha sido el único problema en relación con la adecuación del procedimiento de juicio verbal de desahucio por precario, ya que este proceso se venía utilizando también para obtener el lanzamiento del ejecutado hipotecario. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, Pleno, núm. 771/2022, de 10 de noviembre)⁽⁴⁰⁾ ha declarado que, si el adjudicatario de la vivienda en el proceso de ejecución hipotecaria pretende recuperar la posesión, tendrá la obligación de instar el lanzamiento del deudor, como acto propio de ejecución, en el mismo proceso de ejecución. Aunque el párrafo segundo del artículo 675.2 LEC dispone que el adquirente podrá solicitar el lanzamiento de quienes puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble y, transcurrido dicho plazo, la pretensión de desalojo solo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda; el Tribunal Supremo clarifica que esta posibilidad solo se «se circunscribe a los ocupantes del inmueble, que no tengan la condición de deudores hipotecarios, ya sean arrendatarios u ocupantes de hecho».

Ciertamente, lo que pretendía el Tribunal Supremo es evitar que se utilizase el proceso de desahucio por precario como medida para sortear la protección de los deudores hipotecarios especialmente vulnerables establecida en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁽⁴¹⁾.

En cambio, sí que será posible que un tercero ajeno al proceso de ejecución hipotecaria –cuyo título provenga de una transmisión onerosa realizada al margen o extramuros del procedimiento hipotecario– recurra al juicio de desahucio por precario. Ahora bien, el deudor hipotecario podrá seguir ha-

(40) Un análisis exhaustivo de esta sentencia nos ofrece BERNARDO SAN JOSÉ, A., en «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2022 (771/2022). Adecuación procedimental del proceso de desahucio por precario para obtener el lanzamiento del ejecutado hipotecario», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* [Dir. Yzquierdo Tolsada, M.], núm. 14, AEBOE y Dykinson, Madrid, 2022.

Tesis jurisprudencial confirmada por las SSTs núm. 515/2023, de 19 de abril; núm. 999/2023, de 20 de junio; núm. 1217/2023 (Pleno), de 7 de septiembre; y núm. 1518/2023, de 2 de noviembre.

(41) Y recordemos que, una medida que tenía carácter excepcional y temporal, la suspensión del lanzamiento sobre viviendas habituales de deudores hipotecarios especialmente vulnerables, mediante el Real Decreto Ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables, que ha entrado en vigor el 15 de mayo de 2024, ha extendido su vigencia hasta mayo de 2028, nada más y nada menos que «quince años desde la entrada en vigor de esta ley».

ciendo valer su derecho a mantener la posesión del inmueble si en el proceso de ejecución se hubiese aprobado la suspensión del lanzamiento en virtud de la Ley 1/2013; si tal incidente estuviese pendiente de resolución, aplicando el juez que conozca del proceso de precario las reglas de prejudicialidad civil del artículo 43 LEC; o, si en el proceso de ejecución no se hubiese promovido tal suspensión, al ser el desahucio por precario un proceso plenario, podrá debatirse y resolverse la aplicación de dicha suspensión como cuestión de fondo.

En cuanto a las especialidades en la tramitación del desahucio por precario, hay poco que decir. Al configurarse como un proceso de naturaleza plenaria, el precarista podrá formular reconvencción siempre que «no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre las pretensiones de la reconvencción y las que sean objeto de la demanda principal» (art. 438.2 párrafo segundo LEC). Tampoco se prevé especialidad alguna para la celebración de la vista ni para la sentencia –salvo que, por constituirse como un proceso plenario, la sentencia producirá efectos de cosa juzgada–. Y en relación con los recursos, como es obvio, no será necesario acreditar el pago de rentas vencidas y las que se deban pagar por adelantado para que el recurso de apelación o casación sea admitido (art. 449 LEC), ya que, aunque éste sea un proceso que lleva aparejado el lanzamiento, no hay renta alguna a pagar debido a la propia idiosincrasia del precario.

La posibilidad de instar la solicitud de ejecución de lanzamiento en el propio escrito de demanda de desahucio, aún en fase declarativa, para la ejecución directa de la sentencia, sin necesidad de ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora exacta señalados en la propia sentencia, se limitaba a los desahucios por falta de pago de la renta o por expiración del plazo. Ahora, tras la modificación realizada por la LDV, dicha posibilidad se extiende a todos los tipos de desahucio y, por ende, al desahucio por precario (art. 549.3 LEC), por lo que se excepciona la regla general del artículo 548 LEC que impone un plazo de veinte días tras la firmeza de la condena para despachar ejecución.

3. SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA Y/O SOCIAL DEL DEMANDADO

3.1 La suspensión ordinaria del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC

El Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, introdujo un nuevo apartado 5 en el artículo 441 LEC en el que se preveía la comunicación de la existencia del



procedimiento a los servicios sociales y, si éstos determinaran la vulnerabilidad social y/o económica del hogar afectado, debían notificar tal extremo de inmediato al órgano jurisdiccional. En este caso, el LAJ suspendía el procedimiento hasta que se adoptaran las medidas que los servicios sociales estimasen oportunas por un plazo máximo de un mes desde la comunicación de los servicios sociales al juzgado o de tres meses cuando el demandante fuera persona jurídica.

No obstante, este régimen de suspensión ha sido modificado notablemente por la Disposición Final 5.º (apartado cuarto) LDV. Primeramente, la suspensión estaba suscrita a los procesos de desahucio por impago de rentas u otras cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo del arriendo (art. 250.1, núm. 1.º LEC); ahora, se amplía su alcance a los juicios verbales de los núms. 2.º, 4.º, y 7.º del artículo 250.1 LEC –por lo tanto, al que es también objeto de este capítulo, el desahucio por precario–. Como hemos visto, anteriormente, la suspensión era automática, el LAJ suspendía el procedimiento cuando el órgano jurisdiccional recibía la comunicación de los servicios sociales en la que se declaraba la situación de vulnerabilidad. En cambio, actualmente, la suspensión es adoptada por el tribunal a través de auto, a la vista de la información recibida de las Administraciones públicas competentes y de las alegaciones de las partes, atendiendo a si es necesaria tal suspensión para que se adopten las medidas propuestas por la Administración. Esta decisión, además, se debe fundar en una valoración ponderada y proporcional del caso concreto, teniendo en cuenta también una posible situación de vulnerabilidad en la parte demandante⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾. Asimismo, el apartado 7 del artículo 441 recoge unos parámetros objetivos para que el tribunal pueda apreciar la situación de vulnerabilidad económica⁽⁴⁴⁾. No obstante, por razones de urgen-

(42) *Vid.* artículo 441.7 LEC.

(43) Una de las pocas modificaciones de carácter procesal operada por la LDV que consideramos que puede calificarse como un cambio *a mejor*.

(44) El nuevo apartado 7 del artículo 441 LEC, introducido por la Disposición final 5.ª, apartado cuarto, recoge unos parámetros objetivos para apreciar tal vulnerabilidad económica: «...el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance:

a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).

b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo.

d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acredita-

cia, el LAJ, recibida por el tribunal la comunicación de las Administraciones públicas competentes manifestando que el afectado se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tras dar traslado a las partes para que hagan las alegaciones que correspondan, suspenderá la fecha prevista para la celebración de la vista o para el lanzamiento «de ser necesaria tal suspensión por la inmediatez de las fechas» (art. 441.5 *in fine* LEC).

Por último, los plazos de suspensión del procedimiento se amplían: de uno a dos meses si el demandante es una persona física y de tres a cuatro si es una persona jurídica; aunque deberá alzarse la suspensión de forma automática una vez adoptadas las medidas por las Administraciones públicas competentes.

Recapitulando –y en síntesis–, el incidente de suspensión del artículo 441 LEC opera del modo que relataremos a continuación. En estos procesos, si el inmueble controvertido es la vivienda habitual del demandado, se informará a éste de la posibilidad de acudir a las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. Al mismo tiempo, se comunicará de oficio por parte del tribunal de la existencia del procedimiento a dichas Administraciones públicas para que puedan verificar la situación de vulnerabilidad y, si esta concurre, presentar al tribunal una propuesta de vivienda alternativa en alquiler social junto con otras medidas de atención inmediata, incluidas ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada. Si las Administraciones públicas confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, lo notificarán al tribunal inmediatamente y, en todo caso, en un plazo máximo de 10 días. Una vez el tribunal haya recibido la comunicación de la Administración pública o haya transcurrido el plazo para ello, el LAJ dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días realicen las alegaciones que consideren convenientes, suspendiendo la celebración de la vista o el lanzamiento si fuera necesaria tal suspensión debido a su proximidad temporal. Recibidas las alegaciones de las partes o transcurrido el plazo concedido para ello, el tribunal resolverá por auto.

damente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo».

Del mismo modo, se dispone que para apreciar vulnerabilidad social el tribunal «podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad».



Ilustrativa es la opinión que vertió el CGPJ en *el Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda*: «La Disposición Final Quinta de modificación de la LEC tiene, también, una farragosa regulación, susceptible de no pocos conflictos a decidir en sede jurisdiccional civil. Se “carga” al propietario –que puede ser persona física igualmente vulnerable–, y no a la Administración, con el costo de mantener la ocupación, normalmente arrendaticia sin pago de renta alguna, es decir ahora en precario, durante un largo período. Realmente, la normativa analizada no hace sino generalizar las situaciones y la regulación a que dio lugar la excepcional situación derivada de la pandemia contenida en los Reales Decreto-ley 11/2020 de 31 de mayo y 16/2021 de 3 de agosto que ahora se proyecta sobre todos los procesos verbales del artículo 250.1.1.º, 2.º, 4.º y 7.º susceptibles de ocasionar el lanzamiento de la vivienda habitual del demandado. Es el propietario privado quien soporta el derecho de su incumplidor inquilino al disfrute de una vivienda digna y adecuada, en este caso del derecho a la conservación gratuita del inquilinato, contrato estructuralmente oneroso». Y al referirse a los plazos dispuesto para efectuar las correspondientes comunicaciones a las Administraciones públicas competentes –junto con los plazos de gracia para el lanzamiento–, declara que conllevarán «amplias dilaciones adicionales, tiempos muertos procesales fatalmente derivados de la propia mecánica de funcionamiento de nuestros tribunales, que pueden convertir aquel en un trámite muy costosa, con consiguiente desincentivación de la puesta en el mercado de viviendas de alquiler»⁽⁴⁵⁾.

3.2 **Suspensión extraordinaria y provisional del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional**

3.2.1 *En el supuesto de desahucio por falta de pago o cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo*

Con ocasión de la pandemia de COVID-19, se declaró el estado de alarma en nuestro país el 14 de marzo de 2020, que fue prorrogado en varias ocasiones y concluyó a las 00:00 del día 9 de mayo de 2021. Además de medidas para afrontar los efectos sanitarios de la pandemia, se adoptaron también una batería de medidas de carácter social y económico cuya vigencia se vinculaba a la crisis sanitaria y al estado de alarma. En lo que aquí nos interesa, el Real Decreto 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, entre otras, aprobó en su artículo 1 una suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos

(45) Pp. 46 y 47.

para hogares vulnerables sin alternativa habitacional, medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad, art. 72). En materia de vivienda, llevamos un cúmulo de medidas extraordinarias y temporales⁽⁴⁶⁾ que, realmente, se están convirtiendo, más bien, en ordinarias y atemporales; respecto a la suspensión que aquí tratamos, no puedo sino suscribir enteramente la reflexión de CORTÉS DOMÍNGUEZ: «...si sigue prorrogándose, no puede suponer de hecho ni de derecho una especie de enervación especial de la acción de desahucio, pues se eliminaría de forma continuada uno de los derechos que surgen para el arrendador de la relación jurídica arrendaticia, sea aquel persona física o jurídica, por lo que, en su caso, debe contener, cuando menos, para evitar la expropiación de derechos ilegítima, medidas de resarcimiento y de protección, por otras vías, de los derechos esenciales del arrendador, como son el de percibir el canon arrendaticio y el de resolver los contratos que se incumplen por el arrendatario»⁽⁴⁷⁾. Como medida de resarcimiento al arrendador, se ha establecido que los que se vean afectados por esta suspensión extraordinaria podrán solicitar una compensación hasta el 31 de enero de 2026 (Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes).

En el supuesto del artículo 1 del Real Decreto-ley 11/2020 tendrán derecho a solicitar una compensación en los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada facilitando el acceso de las personas vulnerables a una vivienda digna si no se hubieran adoptado tales medidas. En el supuesto del artículo 1 bis tendrán derecho a solicitar una compensación si durante los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada, tales medidas no se hubieran adoptado por la Administración competente y siempre que los propietarios acrediten que la suspensión del lanzamiento

(46) Así, la suspensión del lanzamiento sobre viviendas habituales de deudores hipotecarios especialmente vulnerables, introducida por la Ley 1/2013 con carácter extraordinario y temporal, tras múltiples prórrogas, ha extendido su vigencia en la última de éstas hasta los *quince años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013* (vid. *supra* nota 41).

(47) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, op. cit., p. 136.

les haya ocasionado perjuicio económico al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble⁽⁴⁸⁾.

Así pues, y con independencia de la suspensión del artículo 441 LEC⁽⁴⁹⁾, en todos los juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario, o sobre la expiración del plazo de duración de contratos suscritos conforme a la LAU en los que se pretenda recuperar la posesión de la finca, el demandado arrendatario podrá instar un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el juzgado por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva.

Tal incidente de suspensión se puede instar, aunque no haya fecha de lanzamiento, ya sea porque no hubiese concurrido el plazo de diez días del artículo 438.5 LEC o porque todavía no se ha señalado o celebrado la vista (art. 1.1 párrafo segundo Real Decreto-ley 11/2020).

La vulnerabilidad económica a estos efectos viene determinada por la concurrencia de los requisitos del artículo 5.1 Real Decreto-ley 11/2020:

a) Que la persona que esté obligada a pagar la renta de alquiler pase a estar en situación de desempleo, Expediente Temporal de Regulación de Empleo (ERTE), o haya reducido su jornada por motivo de cuidados, en caso de ser empresario, u otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos, no alcanzando por ello el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria:

i. Con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).

ii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,15 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental.

iii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar.

(48) *Vid.*, además de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 37/2020, sobre el procedimiento para dicha solicitud, el artículo 3 del Real Decreto 401/2021, de 8 de junio, por el que se aprueban las medidas necesarias para que las comunidades autónomas puedan utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, a fin de hacer frente a las compensaciones que procedan, y por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a los propietarios y arrendadores a que se refieren los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

(49) *Vid. supra* epígrafe 3.1.

iv. En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cuatro veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

v. En el caso de que la persona obligada a pagar la renta arrendaticia sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cinco veces el IPREM.

b) Que la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. A estos efectos, se entenderá por «gastos y suministros básicos» el importe del coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil, y las posibles contribuciones a la comunidad de propietarios, todos ellos de la vivienda habitual que corresponda satisfacer al arrendatario.

Unidad familiar será aquella compuesta por la persona que adeuda la renta arrendaticia, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita, que residan en la vivienda (art. 5.2 Real Decreto-ley 11/2020).

Si concurren las circunstancias que acabamos de transcribir, deberá acreditarse tal vulnerabilidad mediante la aportación de la documentación prevista en el artículo 6.1 Real Decreto-ley 11/2020:

a) En caso de situación legal de desempleo, mediante certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

b) En caso de cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, mediante certificado expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, sobre la base de la declaración de cese de actividad declarada por el interesado.



- c) Número de personas que habitan en la vivienda habitual:
 - i. Libro de familia o documento acreditativo de pareja de hecho.
 - ii. Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.
 - iii. Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.
- d) Titularidad de los bienes: nota simple del servicio de índices del Registro de la Propiedad de todos los miembros de la unidad familiar.
- e) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse sin recursos económicos suficientes según este real decreto-ley.

Una vez presentada la solicitud de suspensión junto con la documentación que acredita la situación de vulnerabilidad económica, el LAJ dará traslado de la misma al demandante, el cual dispondrá de un plazo máximo de 10 días para acreditar, por los mismos medios, que se halla de igual modo en una situación de vulnerabilidad económica como la descrita en el artículo 5.1.a o, si se adopta la medida de suspensión del lanzamiento, en riesgo de situarse en ella. Tras ello, el LAJ trasladará estos escritos a los servicios sociales a efectos de que informen en el plazo máximo de diez días sobre la situación de vulnerabilidad del arrendatario y, en su caso, del arrendador, además de identificar las medidas a aplicar por la administración competente⁽⁵⁰⁾.

El tribunal, a la vista de la documentación presentada por el arrendatario o por el arrendador y arrendatario, junto con el informe de los servicios sociales, acordará la suspensión del lanzamiento si se acredita la situación de vulnerabilidad económica del arrendatario –siempre y cuando no deba prevalecer la vulnerabilidad del arrendador–. En el caso de que se acuerde la suspensión, antes de la conclusión del plazo máximo, la administración pública competente deberá adoptar las medidas oportunas para satisfacer la necesidad habitacional del demandado en situación de vulnerabilidad. Tras la aplicación de las mismas, la administración competente deberá comunicarlo de forma inmediata al tribunal, procediendo el LAJ a dictar en el plazo máximo de tres días decreto levantando la suspensión del procedimiento.

(50) Con la mera solicitud de suspensión por razón de vulnerabilidad económica o por la presentación de escrito alegando dicha situación se presume el consentimiento del arrendatario para realizar la comunicación a los servicios sociales prevista en el artículo 150.4 LEC (art. 1.5 Real Decreto-Ley 11/2020).



El auto que suspenda el procedimiento en el proceso de desahucio –es decir, en fase declarativa– no constituye una resolución definitiva que ponga fin al proceso, por lo que dicha resolución solo será recurrible en reposición (art. 452.2 LEC), sin que pueda interponerse apelación contra el auto que lo resuelve (art. 454 y 455)⁽⁵¹⁾. En cuanto a la recurribilidad de la resolución que acuerde la suspensión del lanzamiento –es decir, en fase de ejecución–, al igual que con las suspensiones de las ejecuciones hipotecarias al amparo de la Ley 1/2013, tampoco podrá recurrirse en apelación (art. 562 y ss. LEC)⁽⁵²⁾.

3.2.2 *En el supuesto de desahucio por precario*

Aunque, *ab initio*, el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, no contemplaba la suspensión para otros juicios de desahucio, se extendió tal posibilidad a través de un nuevo artículo 1 bis introducido por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, para los supuestos de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC), los juicios verbales de tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.4 LEC), el juicio verbal de efectividad de derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC) y en aquellos otros en los que el desahucio traiga causa de un proceso penal. Asimismo, la última prórroga de la vigencia de esta suspensión es la operada por el Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, que ha extendido, a pesar de su carácter temporal y extraordinario, la vigencia de esta medida hasta el 31 de diciembre de 2025.

Para que puedan operar en estos supuestos la suspensión del artículo 1 a la que nos acabamos de referir, deberá tratarse de viviendas que pertenezcan bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

(51) AAP de la Rioja núm. 104/2023, 21 de diciembre, que recoge también jurisprudencia consolidada de las Audiencias Provinciales de Valencia y Barcelona.

(52) AAP de Barcelona núm. 31/2021, de 29 de enero.

Como vemos, el ámbito de protección para estos procedimientos, en comparación con la suspensión aplicable a los desahucios por impago de rentas o cantidades debidas o por expiración del plazo contractual, es bastante más reducido. Veámoslo. Para que pueda operar la suspensión en estos procesos, la vivienda deberá pertenecer a personas jurídicas o a personas físicas que sean propietarias de más de diez viviendas. No es suficiente que concurra un supuesto de vulnerabilidad económica, sino que, además, debe habitar en la vivienda una persona dependiente, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad⁽⁵³⁾. Otra diferencia es que la suspensión para los desahucios por impago de renta o por expiración del plazo puede operar tanto en el proceso declarativo como en el ejecutivo; en cambio, en los demás supuestos (art. 1 bis) no podrá suspenderse la fase declarativa del proceso de desahucio, sino, únicamente, la ejecución, esto es, el lanzamiento⁽⁵⁴⁾.

Del mismo modo al explicado en el epígrafe anterior, para acreditar la situación de vulnerabilidad, la parte demandada o investigada deberá presentar los documentos especificados en el artículo 6.1. El LAJ trasladará dicha documentación al demandante o denunciante y servicios sociales, pero aquí no se prevé la posibilidad de oponer la vulnerabilidad del propietario –lo que es, cuando menos, criticable–.

La Ley hace hincapié en que, además de las otras circunstancias que procedan, el tribunal a la hora de decidir sobre la procedencia o no de la suspensión, deberá recurrir a la ponderación del caso concreto y a criterios de proporcionalidad para valorar si la entrada o permanencia en el inmueble está motivada por una situación de extrema necesidad –valorando en concreto para ello el informe de los servicios sociales– y si los habitantes de la vivienda cooperan con las autoridades competentes en la búsqueda de soluciones para obtener una alternativa habitacional. Así

(53) En este sentido, *vid.* SAP de Navarra núm. 694/2024 de 23 mayo: «Las medidas de protección para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en los supuestos de los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y en aquellos otros en los que el desahucio traiga causa de un procedimiento penal, contempladas en el Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de marzo de 2020 (RCL 2020, 524, 574) objeto de sucesivas modificaciones, la última por Real Decreto-ley 8/2023 de 27 de diciembre (RCL 2023, 2293) que prorroga la suspensión de los procedimientos de desahucio y de lanzamiento para hogares vulnerables hasta final de este año 2024, *se aprobaron en definitiva para aquellos hogares vulnerables que se enfrenten a procedimientos de desahucio de su vivienda habitual, incluidos aquellos hogares afectados por procedimientos de lanzamiento de su vivienda habitual, que no se deriven de contratos de arrendamiento, cuando existan personas dependientes, víctimas de violencia sobre la mujer o menores de edad a cargo*» (las cursivas son nuestras). Asimismo, entre otras, SSAP de Barcelona núm. 218/2022, de 25 marzo; y de Jaén núm. 1330/2023 de 11 diciembre.

(54) SSAP de Barcelona núm. 218/2022, de 25 marzo; de Barcelona núm. 445/2023, 20 de septiembre; de Jaén núm. 1330/2023, de 11 diciembre.

pues, el tribunal dictará, si procede, auto acordando suspensión hasta el 31 de diciembre de 2025.

En todo caso, no procederá la suspensión si la entrada o permanencia en la vivienda ha tenido lugar (art. 1 bis apartado 7):

a) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física, si en dicho inmueble tiene su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada, sin perjuicio del número de viviendas de las que sea propietario.

b) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física o jurídica que lo tenga cedido por cualquier título válido en derecho a una persona física que tuviere en él su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada.

c) Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas.

d) Cuando existan indicios racionales de que la vivienda se esté utilizando para la realización de actividades ilícitas.

e) Cuando la entrada o permanencia se haya producido en inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social y ya se hubiera asignado la vivienda a un solicitante por parte de la administración o entidad que gestione dicha vivienda.

f) Cuando la entrada en la vivienda se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley –esto es, 2 de abril de 2020–.

Asimismo, en el caso de que se acuerde la suspensión, antes de la conclusión del plazo máximo, la Administración pública competente deberá adoptar las medidas oportunas para satisfacer la necesidad habitacional del demandado en situación de vulnerabilidad. Tras la aplicación de las mismas, la Administración competente deberá comunicarlo de forma inmediata al tribunal, procediendo el LAJ a dictar en el plazo máximo de tres días decreto levantando la suspensión del procedimiento y el correspondiente lanzamiento.

3.2.3 *Reanudación de los procedimientos suspendidos en virtud del Real Decreto-ley 11/2020*

Los procedimientos de desahucio y lanzamientos suspendidos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020 se reanudarán automáticamente una vez finalice el plazo de suspensión: «el auto que fije la suspensión señalará expresamente que el 31 de diciembre de 2025 se

reanudará automáticamente el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 [ahora art. 438.5] de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o se señalará fecha para la celebración de la vista y, en su caso, del lanzamiento, según el estado en que se encuentre el proceso» (art. 1.4 Real Decreto-ley 11/2020). Aunque lo ideal sería que ya se hubiera levantado tal suspensión previamente por haberse adoptado las medidas oportunas para satisfacer la necesidad habitacional del demandado en situación de vulnerabilidad antes de la conclusión del plazo máximo.

Ahora bien, en los casos en los que el demandante sea un gran tenedor de vivienda⁽⁵⁵⁾, según lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, solo se reanudarán a petición expresa de la misma, siempre y cuando acredite que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación introducido en el artículo 439.7 LEC a través de la propia LDV (Disposición final 5.^a) –que, recordemos, ha sido declarado inconstitucional–⁽⁵⁶⁾. Este requisito podrá acreditarse en los mismos términos que cuando opera como requisito de procedibilidad (art. 439.7 LEC): con una declaración responsable de la propia parte actora de que ha acudido a los servicios de conciliación o intermediación, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la solicitud de reanudación del trámite o alzamiento de la suspensión, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud –presentando a su vez el justificante acreditativo de la misma–; o mediante la presentación del documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento –documento que no podrá tener una vigencia superior a tres meses–⁽⁵⁷⁾.

Realmente, con esta regla se está aplicando retroactivamente una norma procesal (el nuevo requisito de procedibilidad de las demandas de desahucio, art. 439.7 LEC) a procesos iniciados con anterioridad y que fueron suspendidos al amparo del Real Decreto-ley 11/2020. Difícil justifi-

(55) La LDV define la condición de gran tenedor como la *persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros*, definición que puede ser más estricta si así se prevé en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado, alcanzando para este caso tal condición aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dichos entornos, siempre que lo motive la correspondiente Comunidad Autónoma en la memoria justificativa de dicha declaración (art. 3.k LDV).

(56) O, si el demandante fuera una entidad pública de vivienda, si han actuado los servicios específicos de intermediación de la propia entidad.

(57) Si la empresa arrendadora fuera una entidad pública de vivienda, el requisito se tendrá por cumplido con la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, lo que se acreditará del mismo modo que acabamos de explicar.

cación con base en criterios de proporcionalidad tiene excepcionar la regla general de que las normas procesales civiles nunca serán retroactivas (art. 2 LEC). Compartimos la firmeza con la que LÓPEZ SIMÓ critica esta medida: «no resulta para nada sencillo justificar que alguien, por más que se trate de un gran tenedor (que, no se olvide, en un entorno de mercado residencial tensionado puede ser una persona que sea titular de cinco inmuebles urbanos de uso residencial), que ha visto cómo su procedimiento de desahucio se suspendía *ex lege* hasta el 31 de diciembre de 2023 [ahora 31 de diciembre de 2025] por una causa de fuerza mayor (la pandemia provocada por el COVID-19, la guerra de Ucrania o la actual dinámica inflacionista), ahora, para que se reanude dicho procedimiento, deba acreditar, además, que se ha sometido a un procedimiento de conciliación o intermediación con el arrendatario u ocupante de su vivienda (un requisito de procedibilidad que no existía en nuestro ordenamiento procesal civil cuando se inició ese procedimiento de desahucio)»⁽⁵⁸⁾.

Con todo, consideramos que los problemas no terminan aquí. La STC 26/2025, de 29 de enero de 2025, que declaró inconstitucional el artículo 439.7 LEC, no extendió dicha inconstitucionalidad a la Disposición transitoria tercera de la LDV. Lo que nos lleva, en nuestra opinión, a una situación totalmente indeseable: exigir a los grandes tenedores que han visto suspendidos sus procedimientos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020 tener que acreditar el haber acudido a un procedimiento de conciliación o intermediación idéntico –y así lo propugna el propio Preámbulo de la LDVD⁽⁵⁹⁾– al que ha sido expresamente declarado inconstitucional.

No obstante, especialmente por la conclusión a la que llegan con respecto de la Disposición transitoria tercera de la LDV, el enfoque planteado por el voto particular que formulan los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, don César Tolosa Tribiño y don José María Macías Castaño a la STC 26/2025, de 29 de enero, nos parece más acertado.

El voto particular coincide con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 439.6 c) y 7 LEC, pero considera que el juicio de constitucionalidad, antes de valorar la razonabilidad y proporcionalidad de estas condiciones para el acceso a la justicia, debió examinar si estos presupuestos

(58) LÓPEZ SIMÓ, F., *Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico*, op. cit., p. 11 y nota 18.

(59) «...[E]n la disposición transitoria tercera, se establece la sujeción de los procedimientos suspendidos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 al procedimiento de conciliación o intermediación previsto en la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que se recoge en la disposición final quinta de la ley»

adolecían de la certeza y previsibilidad que exige cualquier limitación de un derecho fundamental.

Según los magistrados disidentes, aunque el artículo 439.6 c) cumpliría estos cánones, el artículo 439.7 LEC no. Resumidamente porque el exigir como requisito de procedibilidad el haberse sometido previamente *al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efectos establezcan las administraciones públicas*, «sin precisar la naturaleza, caracteres, plazo de duración o los efectos de dichos procedimientos de conciliación o intermediación, sino delegando en las administraciones públicas la concreción de tales elementos, adolece de una indeterminación incompatible con la debida garantía de seguridad jurídica que se ha de predicar de toda regulación legal limitativa del ejercicio de un derecho fundamental». Este distinto *iter* argumental provoca que el voto particular concluya de forma distinta con respecto a la extensión de declaración de inconstitucionalidad, ya que considera que debía haber alcanzado a la Disposición transitoria tercera de la LDV al exigir a los actores grandes tenedores, para la reanudación de los procesos suspendidos, una petición expresa acompañada de la acreditación de haberse sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas. Es decir, se da el sinsentido de que para la reanudación del procedimiento suspendido en virtud del incidente de suspensión extraordinario previsto en los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020 se exige el cumplimiento de un presupuesto idéntico al declarado inconstitucional⁽⁶⁰⁾.

Es más, puede darse el absurdo de que un gran tenedor que haya iniciado un procedimiento de desahucio con la LOEP en vigor (3 de abril de 2025) se vea compelido a acudir a un MASC en dos ocasiones en un mismo procedimiento. Primero para cumplir con el requisito de procedibilidad de la LOEP y, segundo, en caso de que se suspenda su procedimiento en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, una vez cumplido el plazo máximo de suspensión, tenga que volver a acudir a un MASC para que se reanude el procedimiento –esta vez de acuerdo con las particularidades previstas en la Disposición transitoria tercera de LDV–⁽⁶¹⁾.

El legislador debería cuidar de no excederse –si no lo ha hecho ya– con este cúmulo de posibilidades de suspensión, algunas de ellas, teóricamente excepcionales y temporales, que van perpetuándose en el tiempo debido a sus sucesivas prórrogas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un caso sobre ocupaciones ilegales declaró que la demora prolongada de las autoridades públicas en la ejecución del desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, incluso cuando el motivo de tal retraso fuera garantizar la asistencia social a las personas en situación de vulnerabilidad por no haber podido la Administración dar una solución habitacional alternativa a los

(60) Y también declarado inconstitucional en sede de ejecución, artículos 655.2 bis y 685.2 LEC.

(61) Situación que será muy probable si se vuelve a prorrogar esta suspensión.



ocupantes, vulnera el derecho del propietario a un proceso equitativo del artículo 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el derecho de propiedad proclamado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH (STE-DH de 13 de diciembre de 2018, asunto *Casa di Cura Valle Fiorita S.r.l. c. Italia*, demanda núm. 67944/13).

BIBLIOGRAFÍA

- BERNARDO SAN JOSÉ, A., *El juicio verbal de desahucio*, Civitas, Navarra, 2010,
- «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2022 (771/2022). Adecuación procedimental del proceso de desahucio por precario para obtener el lanzamiento del ejecutado hipotecario», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* [Dir. Yzquierdo Tolsada, M.], núm. 14, AEBOE y Dykinson, Madrid, 2022.
- CORDÓN MORENO, F., «De nuevo sobre el juicio de desahucio en el que se acumula la acción de reclamación de rentas o cantidades debidas», *Gómez-Acebo & Pombo*, 30 de septiembre de 2024, <https://ga-p.com/publicaciones/de-nuevo-sobre-el-juicio-de-desahucio-en-el-que-se-acumula-la-accion-de-reclamacion-de-rentas-o-cantidades-debidas/>.
- «Cantidad que el arrendatario debe pagar o consignar para enervar la acción de desahucio», *Gómez-Acebo & Pombo*, 28 de julio de 2022, <https://ga-p.com/publicaciones/cantidad-que-el-arrendatario-debe-pagar-o-consignar-para-enervar-la-accion-de-desahucio/>.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con Moreno Catena, V.), 12.^a edición, Valencia, 2023.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (Coord.), *Desahucios paso a paso. Guía práctica sobre el proceso de desahucio en los diferentes supuestos*, Colex, A Coruña, 2024,
- LÓPEZ SIMÓ, F., «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», *Diario LA LEY*, N.º 10383, Sección Tribuna, 8 de noviembre de 2023.
- «Las reformas introducidas en el procedimiento de “desahucio exprés de okupas” por la Ley 12/2023 sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo», *Revista jurídica de les Illes Balears*, núm. 24, 2023, pp. 89-119.
- ORTEGA ATIENZA, R., «Novedades del juicio verbal tras la reforma de la LO 1/2025: la nueva “fase intermedia”, el desarrollo de la vista y la sentencia *in voce*. Problemas prácticos y posibles soluciones», *Diario La Ley*, núm. 10379, Sección Tribuna, 29 de abril de 2025.
- VELA TORRES, P., «Los juicios verbales en que se acumulen la acción de desahucio y la acción de reclamación de cantidad no tienen carácter sumario», *Diario LA LEY*, n.º 10379, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2 de noviembre de 2023.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., *El juicio verbal y sus especialidades*, Editorial La Ley, Madrid, 2019.



B. El problema de la ocupación ilegal en España *

Matilde Cuenca Casas

Catedrática de Derecho civil

Universidad Complutense

Fundación Hay Derecho

m.cuenca@telefonica.net

Resumen: *El presente capítulo introduce el problema de la ocupación ilegal de inmuebles, fenómeno que ha experimentado un notable crecimiento en los últimos años. Se analizan las posibles causas del fenómeno y se exponen las vías actualmente existentes para su solución y sobre todo sus carencias que están actuando como incentivo legal a la okupación de inmuebles.*

Abstract: *This chapter introduces the problem of the squatting of real estate, a phenomenon that has experienced a remarkable growth in recent*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00) y del que soy investigadora principal.

years. The possible causes of the phenomenon are analyzed and the currently existing ways to solve it are presented, as well as the shortcomings that are acting as a legal incentive to squatting.

Palabras clave: *Ocupación ilegal, propiedad privada, allanamiento de morada, usurpación de inmuebles, vivienda.*

Keywords: *Squatting, private property, housebreaking, usurpation of real estate, housing.*

Sumario: 1. El incremento de casos de ocupación ilegal de inmuebles. 2. Posibles causas del fenómeno de la ocupación ilegal. 2.1 La crisis de vivienda asequible. 2.2 Vías previstas en nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente a la ocupación ilegal: vías penal, civil y administrativa: ¿Incentivos regulatorios a la ocupación ilegal? 3. La vía de hecho como remedio a la ocupación ilegal. Bibliografía.

1. EL INCREMENTO DE CASOS DE OCUPACIÓN ILEGAL DE INMUEBLES

Casi a diario la prensa informa de casos de ocupación ilegal de inmuebles⁽¹⁾. Se ha vuelto un tema cotidiano del que ya prácticamente no se sorprende el lector y esto es lo que es especialmente dramático. De hecho, se ha convertido en una de las preocupaciones más importantes de los ciudadanos españoles. Según un estudio⁽²⁾, un 77% de los españoles considera que la okupación es un problema social y el 24% de estos creen que hay una probabilidad media o alta de que puedan okupar su vivienda. Además, el 31% de los encuestados dice conocer a alguien que ha sufrido okupación de algún tipo.

Técnicamente okupa es aquel que se instala en propiedad ajena (vivienda o local) sin el consentimiento del propietario o poseedor legítimo, frecuentemente adquirida con violencia. No tiene tal consideración el

(1) <https://www.20minutos.es/television/okupa-casa-una-anciana-que-esta-visitando-su-hija-canada-conozco-las-leyes-sin-una-denuncia-no-me-pueden-echar-5237146/> (Consultado el 17 de junio de 2024).

(2) Barómetro llevado a cabo por la compañía Línea Directa aseguradora, *Los españoles ante la okupación de la vivienda en España. Opinión, preocupaciones y propuestas*, <https://www.lineadirectaaseguradora.com/sala-de-prensa/-/linea-directa-aseguradora-estudio-okupacion-ilegal> (Consultado el 16 de junio 2024).

inquilino que se niega a abandonar el inmueble cuando expira su contrato o el que deja de pagar la renta. Tampoco lo es aquel que posee el inmueble con el consentimiento del titular (comodato o precario) que no ha ejercitado acción alguna para su recuperación. El precarista (posesión tolerada) no necesariamente es un okupa (posesión ilegítima). En estos casos nos encontramos con personas que fueron autorizadas por el propietario a través de un título legitimador para poseer el inmueble que posteriormente decae. Los dos supuestos son distintos por más que en ambos el derecho del propietario padezca en la misma medida: se ve privado del uso y disfrute de su inmueble, está obligado a atender todos los gastos derivados de la propiedad del mismo e incluso puede verse obligado a responder civilmente de los daños causados a terceros por el ocupante de la vivienda (art. 1902 y 1910 CC)⁽³⁾ y todo sin obtener compensación alguna por parte del poseedor del inmueble.

Esta distinción inicialmente fue tenida en cuenta por el legislador no solo al establecer las acciones que se deben ejercitar en uno y otro caso por el poseedor legítimo (acción de desahucio por precario prevista en art. 250.2.º LEC o acción posesoria de recobrar frente al despojo prevista en artículo 250.1.4.º LEC)⁽⁴⁾, sino también, como veremos, cuando estableció normas que limitaban los desalojos cuando estos se producían por consecuencia de una reclamación por deuda hipotecaria o por impago del alquiler. Sin embargo, la regulación posterior y particularmente la Ley 12/2023 ha borrado esta distinción proporcionando un régimen común a ambas situaciones cuando de limitar el desalojo se trata.

Lo cierto es que ya sea por un genuino okupa, como por un inquilino que no paga, el fenómeno sigue siendo muy grave desde el punto de vista de la posición jurídica del propietario. De hecho, cabría incluso afirmar que la ocupación ilegal se está convirtiendo en otra vía empleada por el legislador para garantizar el derecho a la vivienda. Esta afirmación puede sorprender, pero, aunque suponga adelantar conclusiones, el incremento de casos de ocupación ilegal encuentra su justificación en unos fallos regulatorios que no solo no se subsanan, sino que lo que es peor, se acrecientan con el tiempo.

Efectivamente, si analizamos las medidas aprobadas sobre todo tras la pandemia por COVID-19, puede parecer que protegen al ocupante ilegal vulnerable con objeto de garantizar su acceso a una vivienda a costa de determinado tipo de propietarios. El proceso culmina con las

(3) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de diciembre de 2019.

(4) Esta acción recuperatoria de la posesión frente al despojo ilegal es la que fue afectada por la Ley 2018/15, de 11 de junio de reforma de la LEC en relación con la ocupación ilegal de viviendas a la que posteriormente me referiré.

lamentables limitaciones que introduce la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda a las que se hará mención en otras partes del presente tratado⁽⁵⁾.

La primera dificultad que nos encontramos a la hora de evaluar los datos de okupación de inmuebles en España es la ausencia de estadísticas oficiales. Es común además que no haya denuncia del delito en cuestión y que se resuelva por vía extrajudicial a través de agencias dedicadas a desalojar al okupa por medios muchas veces poco ortodoxos**. Que suceda esto no es sino una muestra fracaso del propio sistema jurídico del que el propietario desconfía por considerarlo lento e ineficiente.

El problema se ha politizado y hay una premeditada desinformación al respecto. Los partidos de izquierdas minimizan el problema llegando a decir que es una estrategia comercial de las empresas de seguridad y los de derechas lo resaltan⁽⁶⁾. Lo cierto es que no me parece relevante el número de casos, sino la posición jurídica en la que se encuentra el propietario que se ve afectado por este problema. Con todo y con eso, lo cierto es que, según datos del Ministerio del Interior, las denuncias por ocupación de inmuebles han crecido un 62,67 % en cinco años.

No creo que se deba valorar la entidad del problema de la ocupación ilegal comparando el número de ocupaciones respecto del número total de viviendas⁽⁷⁾ para concluir que no es un problema importante. También –afortunadamente– el porcentaje es bajo si comparamos homicidas con el número de ciudadanos. Ello no es determinante de la magnitud del problema.

Si tenemos en cuenta los datos publicados por el Ministerio del interior respecto de condenas penales por allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles, comprobamos que sí ha habido un incremento ostensible de ocupaciones ilegales en los últimos años:

(5) Recientemente ha analizado este tema LÓPEZ SIMÓ, F. «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», Diario La Ley, núm. 10383, 2023.

(6) <https://www.libremercado.com/2020-09-19/okupas-delitos-vecinos-y-estadisticas-o-la-distancia-que-hay-de-detroit-a-pezucla-6661185/>.

(7) Es frecuente este enfoque en los medios comunicación: Con un parque de viviendas de 26 millones de inmuebles, si se tiene en cuenta el número de denuncias presentadas por presuntas ocupaciones ilegales de viviendas en España en 2022 (16.726) apenas equivale al 0,06 % del parque de inmuebles, mientras que los juicios verbales posesorios ingresados por esta causa (2.785) representan el 0,01 % del total. <https://www.newtral.es/okupacion-viviendas-espana/20230506/#> Minimiza el problema desde este discutible enfoque, VIADER, C., «La ocupación como problema legal y social». <https://www.hayderecho.com/2020/09/09/la-okupacion-como-problema-legal-y-social/> (Consultado el 3 de julio de 2023).

Ocupaciones inmuebles (incluye allanamiento de morada)

OCUPACIONES INMUEBLES (INCLUYE ALLANAMIENTO DE MORADA)	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
	2702	3849	6233	7739	10.084	10.376	9998	10.619	12.214	14.621	14.675	17.274	16.765	15.289	16.426

Fuente: Ministerio del Interior. Secretaría de Estado de Seguridad. Sistema estadístico de criminalidad.

De los datos se infiere que ha habido un aumento de casos bastante ostensible y no cabe hablar de «bulo» cuando se trata de ocupación ilegal, ni de sobredimensionamiento.

El Ministerio del Interior informa de denuncias presentadas por ocupación ilegal, sin distinguir entre allanamiento y usurpación de inmuebles, dado que dicha delimitación solo la puede realizar la correspondiente sentencia judicial.

Según datos del Consejo General del Poder Judicial se observa un descenso de casos ingresados en los tribunales de demanda civiles frente a ocupaciones ilegales, demandas interpuestas por personas físicas, entidades sin ánimo de lucro o bien, entidades públicas poseedoras de vivienda social, que posteriormente desembocan en los juicios verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas.

Es Cataluña la comunidad autónoma con más casos de toda España, con más de 4.100 demandas en cinco años, lo que supone prácticamente una cuarta parte del total (23,9%).

La ocupación ilegal es un problema real que no tiene la misma magnitud en todo el territorio nacional. Como he adelantado, no hay datos fiables que reflejen con exactitud el número de viviendas ocupadas. Algunos estudios han tratado de acercarse a una cifra de personas ocupando viviendas ajenas. Unas 87.500 familias ocupan alrededor de 85.000 y 90.000 viviendas, cifra equivalente a 262.500 personas⁽⁸⁾.

Como he señalado, al margen de las cifras lo especialmente relevante y lo que merece ser destacado es la posición jurídica en la que se encuentra el propietario ante una ocupación ilegal, la situación de indefensión y el

(8) Institut Cerdà, «La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica. Un problema que necesita solución», 2017. El Institut Cerdà es una fundación privada independiente que se dedica a asesorar y acompañar a los agentes y organizaciones públicas y privadas en la toma de decisiones estratégicas.



largo proceso al que se enfrenta. Aunque solo fueran 10 los propietarios afectados, no es tolerable que tengan que seguir haciéndose cargo de los costes del inmueble (que oscila entre 3.500 y 30.000 euros), asumir una pérdida de valor entre el 40 y el 60 %, responder civilmente de los daños que cause la falta de reparación de la vivienda que como propietario le corresponde. A ello hay que sumar los daños colaterales que se genera a las comunidades de propietarios. Los okupas no son muy respetuosos con los elementos comunes de los edificios ni tienen por costumbre respetar el reglamento de régimen interno⁽⁹⁾. Molestan y ponen en peligro la seguridad del inmueble mediante conexiones fraudulentas a fuentes de suministros.

Que haya ocupaciones ilegales no debería ser noticia. Tampoco lo es que se cometan otro tipo de delitos. Lo que es noticia es que el propietario tarde más de 12 meses en recuperar la posesión de su inmueble⁽¹⁰⁾, que tenga que abonar los gastos de suministro del okupa, ya que si no lo hace es condenado por coacciones (art. 172 Código penal)⁽¹¹⁾. Es noticia que un policía sea condenado por allanamiento de morada cuando trata de expulsar a un okupa que ha entrado en el inmueble de forma ilegal porque lo ha convertido en morada, amparándose en el artículo 18 de la Constitución que protege la inviolabilidad del domicilio. Es noticia que cuando por fin el propietario logra una resolución que ordena el desalojo, éste se vea interrumpido porque el okupa está en situación de vulnerabilidad económica y se produce la suspensión del mismo. Estos efectos son demenciales y evidencian unos fallos regulatorios de primer nivel. Lo grave no es que existan, sino que se perpetúen en el tiempo y se incrementen. Y lo que es peor, que se normalice esta situación injusta.

Desde luego no se puede juzgar una regulación sin tener en cuenta el contexto económico y social en el que nos encontramos. Y es que la ocupación es ilegal al margen de que la lleven a cabo familias en riesgo de exclusión social o venga favorecida por mafias que tienen un claro ánimo

(9) Se hace eco de estos efectos colaterales, SIMÓN MORENO, H., «La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos humanos en conflicto», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, p. 2164.

(10) Consejo General del Poder Judicial, Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch. Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2021&territorio=España&proc=Verbales%20posesorios%20por%20ocupación%20ilegal%20de%20viviendas> (Consultado el 3 de junio de 2024). Pero a esos tiempos hay que añadir lo que tardan las apelaciones de sentencias en las Audiencias Provinciales en procedimientos civiles, que en 2022 registraron una media de 9,6 meses.

(11) Así lo relata la propietaria de un piso alquilado cuyo inquilino no abona la renta y amenaza con demandar a la propietaria si no le paga los suministros. De hecho, la propietaria fue sancionada por no hacerlo a pesar de carecer de capacidad económica para abonar el gasto. <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2024/06/12/817582-tengo-una-inkiokupa-en-casa-una-deuda-de-16-000-euros-y-un-decreto-le-hacen-la-vida>.

de lucro. Ambas son ocupaciones ilegales pero el legislador parece estar legitimando las primeras a costa de algunos tipos de propietarios.

2. POSIBLES CAUSAS DEL FENÓMENO DE LA OCUPACIÓN ILEGAL

2.1 La crisis de vivienda asequible

El fenómeno de la ocupación ilegal es complejo de abordar porque en su concurrencia inciden varios factores. Uno indudable es el problema de vivienda que asola nuestro país y otro problema grave es de regulación que aunque parezca increíble, el propio legislador con normas ineficientes está favoreciendo la ocupación ilegal.

El problema social más grave a mi juicio al que se enfrenta cualquier gobierno de España, al margen de su color político, es el problema de la vivienda. La situación de crisis de vivienda asequible que vivimos en la actualidad no es casual, sino fruto de una errática política de vivienda que han llevado a cabo todos los gobiernos con independencia de su color político.

La crisis financiera de 2008 fue fruto de una política de vivienda orientada a facilitar la adquisición de la propiedad vía sobreendeudamiento de los particulares. De hecho, España es un «país de propietarios»⁽¹²⁾ tanto ricos como pobres, todos lograron acceder a un préstamo hipotecario gracias a un mercado de crédito generoso alimentado por importantes incentivos fiscales. El préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual era un gasto deducible en el impuesto sobre la renta de personas físicas (IRPF), no siéndolo la renta que se abonaba en concepto de alquiler. Estaba claro que los gobiernos de turno querían favorecer que la vivienda se adquiriera en propiedad. Sin embargo, lo que realmente se favoreció fue la especulación con un bien de primera necesidad.

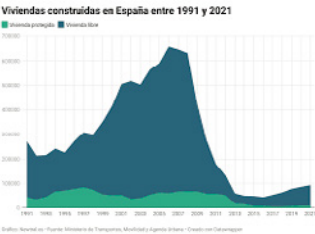
Nada que objetar a facilitar que los particulares fueran dueños de sus viviendas. El problema es cuando para ello se violentan reglas elementales en materia de evaluación de la solvencia y se utiliza el dinero de los depositantes para prestar alegremente incluso a quien carecía de capacidad de pago, transfiriendo el riesgo a terceros a través del mercado secundario. Es el famoso «originar para distribuir» que se practicó a nivel mundial provocando una crisis financiera también mundial. Y todo ello vino acompañado

(12) España es uno de los países de la UE con un porcentaje más alto de propietarios: un 76 %. El dato contrasta con el de Alemania o Noruega que no llegan al 50 % de propietarios de vivienda. Cfr. EUROSTAT «Housing in Europe. 2023 Interactive edition» <https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023>.

por una escasa inversión en vivienda social, es decir aquella que se vende o alquila a precios que no son de mercado, asignada de acuerdo con normas específicas en función de la capacidad económica del inquilino o adquirente, listas de espera⁽¹³⁾. Los casi siete millones de Viviendas de Protección Oficial (VPO) construidas en más de medio siglo, no se han transformado en viviendas sociales, lo han hecho en viviendas libres⁽¹⁴⁾.

En resumidas cuentas, hemos asistido al fenómeno denominado «financiarización de la vivienda», que se produce cuando la vivienda es tratada

(13) Definición tomada del informe de la OECD «Brick by brick. Building better housing policies», 31/05/2021, <https://doi.org/10.1787/b453b043-en> (Consultado el 3 de febrero de 2024) Los datos proporcionados por Eurostat y por el Observatorio Housing Europe, corroboran que el parque de vivienda social en España se encuentra a más de 6 puntos porcentuales por debajo de la media de los países de la Unión europea, cuyo parque de vivienda social se sitúa en el entorno del 9 % con respecto a las viviendas principales, frente al 2,5 % de España. Datos obtenidos del informe sobre Observatorio de vivienda y suelo. Boletín especial de vivienda social 2020. Ministerio de transportes, movilidad y agenda urbana. 2020 <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW072> (Consultado el 4 de febrero de 2024).



Y no parece que en el futuro próximo la inversión en vivienda pública vaya a incrementarse. Distribución del gasto público en vivienda: Peso sobre PIB, según el Programa de Estabilidad de 2023.

Funciones	2021	2022	2023	2024	2025	2026
Servicios públicos generales	5.9%	5.8%	5.7%	5.7%	5.7%	5.7%
Defensa	1%	1.1%	1.2%	1.2%	1.3%	1.3%
Orden público y seguridad	2%	1.9%	1.9%	1.9%	1.8%	1.8%
Asuntos económicos	6.3%	5.5%	5.5%	4.7%	4.6%	4.5%
Protección al medio ambiente	1%	1%	1%	1%	0.9%	0.9%
Vivienda y servicios comunitarios	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%
Sanidad	7.3%	6.9%	6.9%	6.9%	6.9%	6.9%
Actividades recreativas, cultura y religión	1.2%	1.2%	1.2%	1.1%	1%	1%
Educación	4.6%	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%
Protección social	20.6%	18.9%	19%	19%	19%	19.1%

Fuente: Ministerio de Hacienda y Función Pública <https://www.idealista.com/news/finanzas/inversion/2023/05/03/805726-el-gobierno-no-congela-la-inversion-publica-en-vivienda-sobre- PIB-hasta-2026>.
(14) Defensor del Pueblo. «La vivienda protegida y alquiler social en España», Madrid 2019 https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/07/Separata_vivienda_protegida.pdf, p. 21.

como una mercancía y una fuente de riqueza e inversión, en lugar de como un bien social⁽¹⁵⁾.

Como respuesta a dicha crisis se aprobó en el ámbito de la UE una regulación que incentivaba una política de préstamo responsable que pretendía que se financiara la adquisición de la propiedad de la vivienda a aquellos que pueden permitírselo. Medida elemental y lógica que conllevaba una restricción de acceso al crédito inmobiliario por aquellos que carecían de capacidad de reembolso. El problema de la escasez de vivienda emergía de nuevo con fuerza, sin que la vía del sobreendeudamiento fuera ya una opción para su solución. La demanda se ha trasladado al mercado del alquiler que ha sufrido un auténtico colapso que no parece se vaya a solucionar a corto plazo porque, como veremos, muchas de las medidas legales recientemente aprobadas van en la dirección equivocada restringiendo más si cabe la oferta. El resultado es que tenemos un mercado de alquiler caro inasumible por muchas familias. Y la reciente Ley por el derecho a la vivienda no ha hecho más que agravar el problema por cuanto se ha reducido la oferta de vivienda lo que ha incrementado el precio del alquiler. De hecho, este se incrementó un 4,7% durante los últimos tres meses. A cierre del mes de marzo de 2024, arrendar una vivienda en nuestro país tenía un coste de 12,7 euros por metro cuadrado⁽¹⁶⁾.

Como en tantos otros países España tiene un problema grave de vivienda, con escasa vivienda pública y un mercado arrendaticio tremendamente caro que está provocando que muchas familias carezcan de recursos para procurarse un bien de primera necesidad como es la vivienda. No en vano el gasto en vivienda es el que absorbe el mayor porcentaje de renta de las familias⁽¹⁷⁾. Pero nada de esto es casual: es fruto de una política de vivienda equivocada cuyas consecuencias ahora se pretenden que las soporten los propietarios privados. Y esto se está haciendo mediante un mecanismo perverso: la «legalización» de la okupación cuando afecta a determinados propietarios, los grandes tenedores.

Efectivamente, mientras colectivos vulnerables carecen de recursos para acceder a una vivienda, muchos inmuebles eran acumulados por personas jurídicas, bancos que se quedaron con los inmuebles adjudicados en subastas desiertas como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, gracias a una legislación procesal que les permitía quedarse el inmueble a un valor

(15) Naciones Unidas, «Relator especial sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada» <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequate-housing> (Consultado el 9 de enero de 2024).

(16) Informe sobre precios elaborado por el portal inmobiliario Idealista.com <https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/>

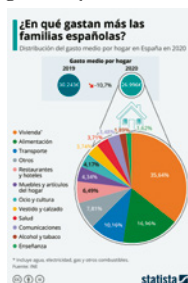
(17) Por término medio en la UE en 2022, el 19,6% de la renta disponible se dedicó a gastos de vivienda. Esto difiere entre los Estados miembros, con los porcentajes más altos en Grecia (34,2%), Dinamarca (25,4%) y Alemania (24,5%).

muy inferior al de mercado⁽¹⁸⁾. Inmuebles muchos de ellos que pasaron a propiedad de la SAREB (Sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria) para que las entidades financieras con problemas de solvencia sanearan sus balances y obtuvieran liquidez. Nació siendo una entidad privada y acabó siendo pública, sumando como deuda pública el dinero público invertido en dicha entidad. La realidad actual es que muchos inmuebles están en manos de bancos y de la SAREB.

Pero es que además desde 2011 los fondos de inversión especularon con activos inmobiliarios invirtiendo en un momento en el que la vivienda bajaba de precio. De nuevo la vivienda se convierte en un producto especulativo. Nada hay que objetar, a mi juicio, a unas empresas que invirtieron en un negocio provechoso al igual que lo hicieron muchos particulares en plena burbuja. Otra cosa es que vivienda pública se cediera a los fondos lo cual me parece un despropósito⁽¹⁹⁾. Lo cierto es que los principales

En cuanto a las personas con una renta disponible inferior al 60 % de la renta media nacional, es decir, las personas que podrían considerarse en riesgo de pobreza, la proporción de la vivienda en la renta disponible fue del 37,9 % por término medio en la UE. En cambio, para las personas con una renta disponible superior al 60 % de la renta mediana, el porcentaje era del 16,0 %.

En el caso de España para rentas disponibles superiores al 60 % de la renta media, el porcentaje de ingresos dedicados a vivienda es de un 12,6 %. Por el contrario, para rentas disponibles inferiores al 60 % de la renta media, el porcentaje de ingresos dedicados a vivienda asciende al 38,3 % de su renta disponible. EUROSTAT «Housing in Europe. 2023 Interactive edition» <https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023> (Consultado el 20 de febrero de 2024).



(18) La normativa procesal, de nuevo, se erige en instrumento favorable para la especulación gracias a reglas como las contenidas en los artículos 682 y 670 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Analizo este tema en mi trabajo «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario» Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año núm. 93, núm. 764, 2017, pp. 2871-2924 <https://eprints.ucm.es/45896/1/PRUEBAS%20CUENA.RCDI.pdf> También en el post publicado en el blog de la Fundación Hay Derecho «Tasaciones de inmuebles y (des)protección del deudor hipotecario. Hacia una nueva «burbuja inmobiliaria» <https://www.hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria/>.

(19) El IVIMA (instituto regional de la vivienda) concedió a muchos ciudadanos una vivienda pública en régimen de alquiler con opción a compra junto con ayudas económicas como la reducción de la renta. Sin embargo, años después, junto a otras casi 3.000 viviendas de protección oficial, se vendieron dichos inmuebles al fondo de inversión Encasa Cibeles, que suprimió los beneficios que le había otorgado la Administración. Debido a ello, muchos ciudadanos no pudieron hacer frente al pago del alquiler. https://www.elconfidencial.com/espana/2021-11-02/venta-pisos-publicos-fondo-buite-botella-juicio_3316308/.

propietarios en España son fondos como Blackstone y Lazora⁽²⁰⁾. Solo teniendo en cuenta esta realidad se comprenderá el régimen especial que actualmente ostentan los propietarios «grandes tenedores».

En suma, el problema de la vivienda estuvo detrás de la crisis financiera de 2008 y se ha visto agravado tras las medidas adoptadas para salir de ella y por la subida de los tipos de interés. Adquirir una vivienda en propiedad está al alcance de unos pocos lo que ha provocado un exceso de demanda en el mercado de alquiler. Nos encontramos en una tremenda crisis de vivienda asequible y la crisis financiera ha modificado el marco en el que operan los sistemas nacionales de vivienda que se entiende que no se puede dejar exclusivamente en manos del funcionamiento del mercado. Cobra ahora especial protagonismo la vivienda social, pero adelante ya, una vivienda social que debe ser proporcionada por el Estado, no por los propietarios privados. No son desdeñables las externalidades a todos los niveles que produce la falta de vivienda asequible, como son la reducción del poder adquisitivo y la disminución del crecimiento económico, debido a la disminución de los ingresos disponibles de los hogares; la limitación de la movilidad laboral, debido a la falta de opciones de vivienda asequible en los lugares donde hay puestos de trabajo (mejor pagados), y el aumento de las desigualdades y la exclusión social, como resultado de la creciente división de la riqueza (de activos)⁽²¹⁾.

En este marco de escasez de vivienda asequible debemos encuadrar el fenómeno –especialmente grave en nuestro país– de la ocupación ilegal que es otra externalidad negativa de una crisis de vivienda asequible. Lo raro es que hubiera pasado tras una crisis financiera con muchos hogares sin ingresos, poca vivienda social y mucha vivienda vacía. Contestando a la pregunta que da título a este epígrafe, estamos ante una crisis grave de vivienda y el incremento de casos obedecer a esta situación de necesidad grave que estamos viviendo, pero ello no significa que dicha necesidad sirva como causa de justificación de la ocupación ilegal. Hay, por tanto, una necesidad que hace que muchas familias tengan que recurrir a la ocupación ilegal. Pero lo más importante es que hay un marco

(20) En las grandes ciudades es donde se concentra la gran mayoría de propiedades en manos de personas jurídicas: Madrid el 62 %, Zaragoza el 54 %, Málaga 56 %, Barcelona (52 %) (ATLAS Data Real State analytics. «Estado y tendencias del build to rent en España». Análisis de oferta y demanda. 2019 <https://atlas-reanalytics.com/wp-content/uploads/Estado-y-tendencias-del-BTR-by-Atlas.pdf> (consultado el 3 de febrero de 2024).

(21) Informe elaborado por KHALID ELFAYOUMY *et al.*, Khalid ElFayoumi; Izabela Karpowicz; Jenny Lee; Marina Marinkov; Aiko Mineshima; Jorge Salas; Andreas Tudyka; Andrea Schaechter «Affordable Rental Housing: Making It Part of Europe's Recovery», Fondo Monetario Internacional-Mayo 2021 Departmental Paper No 2021/013, p. 27 <https://www.imf.org/en/Publications/Publications-By-Author?author=Khalid+ElFayoumi&name=Khalid%20ElFayoumi> (Consultado el 10 de junio de 2024).

regulatorio –y esto es lo más grave– que incentiva la ocupación ilegal como medio para cubrir la necesidad de vivienda legalizándose ataques a la propiedad privada.

La dificultad de este tema radica en que nos enfrentamos a las consecuencias de un doble fracaso. Ha fallado el Estado social para satisfacer la necesidad de vivienda de quienes se han visto expulsados del circuito económico. Pero también ha fracasado el Estado de Derecho que se ha visto violentado por la tolerancia a una violación del derecho de propiedad. Y la suma de esos dos fracasos da como resultado lo que estamos viendo, una espiral de ilegalidades que se encadenan y retroalimentan entre sí⁽²²⁾.

2.2 **Vías previstas en nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente a la ocupación ilegal: vías penal, civil y administrativa ¿Incentivos regulatorios a la ocupación ilegal?**

Resulta difícil de explicar a un propietario que el okupa pueda tener derecho a mantenerse en la posesión de un inmueble hasta que, probablemente uno o dos años después de la okupación, el propietario logre echarle por orden judicial. Y si el propietario trata de expulsar al okupa por la fuerza, verá cómo el propio okupa pone al propietario en la calle. La tutela civil de la posesión trata de preservar la paz social y por ello, el artículo 446 del Código Civil dice que *«todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen»*. Parece razonable que no podamos utilizar la violencia para defender nuestro legítimo derecho de propiedad, pero también lo es que el procedimiento para expulsar judicialmente al okupa sea rápido. De lo contrario, la normativa procesal actuará como «efecto llamada» a la okupación. Esto es lo que está pasando, tal y como se explicará en las páginas de esta obra dedicadas a este tema.

Ante una ocupación ilegal el propietario tiene básicamente dos vías para lograr el desalojo del ocupante, la vía penal y la civil.

Respecto a la vía penal, la conducta del ocupante ilegal puede ser constitutiva del delito de allanamiento de morada cuando el inmueble ocupado es residencia del titular (ya sea primera o segunda residencia), y

(22) En este sentido, LAFUENTE TORRALBA, A. J., «El *Laberynthus iudiciorum* de la ocupación ilegal de viviendas: remedios en las vías penal y civil y análisis de su eficacia», *Revista de Derecho aragonés*. núm. 26-27, 2020-2021, p. 116.

se regula en el artículo 202 CP. El artículo 203 CP contempla el supuesto de inmueble titularidad de persona jurídica y que constituya domicilio, despacho profesional u oficina o establecimiento abierto al público.

Si el inmueble que se ocupa no es morada nos encontramos ante el delito de usurpación de inmuebles tipificado en el artículo 245.2 del Código Penal (CP), según el cual «*El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de 3 a 6 meses*».

El bien jurídico protegido es «*la posesión del titular dominical como derecho exclusivo a ejercer sobre el inmueble, si bien la posesión*»⁽²³⁾ entendida como el *ius possidendi*, el derecho a poseer derivada de un título que lo legitima. La mera tenencia (art. 446 CC) o *ius possessionis* concede tutela civil (antiguos interdictos, artículo 250.17 LEC), pero no penal⁽²⁴⁾. Se trata de un delito leve.

El artículo 245.1 CP regula el tipo agravado cuando el ocupante actúa con violencia o intimidación: «*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado*».

Al margen del tipo penal, insisto en que el verdadero interés del propietario reside en lograr un efectivo y rápido desalojo del ocupante ¿Qué dificultades hay para lograr el desalojo cuando el propietario inicia la vía penal? Lo razonable es que la restitución de la posesión se produzca como consecuencia de una medida cautelar, sin que el denunciante deba esperar a la condena penal que puede tardar unos 8 meses⁽²⁵⁾. Si no se acuerda una medida cautelar, el ocupante disfruta de la posesión del inmueble hasta la sentencia. Si es absolutoria, entonces el propietario debe iniciar la vía civil para desalojar al ocupante, sumando unos 18 meses más la espera. Por ello, es más recomendable en este caso ir por la vía civil. Sin embargo, como veremos en esa vía la posibilidad del ocupante de evitar el desalojo cuando el propietario es gran tenedor es mucho mayor. Este es el fallo regulatorio que incentiva la okupación. La larga espera para conseguir el desalojo, que es aprovechada impunemente por el ocupante.

(23) Auto Núm. 83/2020, de 14 de febrero, de la Audiencia Provincial de Tarragona (Secc. 2.ª).

(24) Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 6.ª), núm. 234/2020, de 9 de abril.

(25) MAGRO SERVET., V., «¿Delito de ocupación (art. 245.2 CP) o allanamiento de morada (art. 202 CP)? ¿Medidas civiles o medidas cautelares penales de expulsión?» Diario La Ley, núm. 9680, 23 de julio de 2020.

En caso de usurpación de inmuebles (art. 245.2 CP) al tener la consideración de delito leve, no es posible la adopción de medidas cautelares penales, sino la del señalamiento del juicio leve como establece el artículo 963 Ley de enjuiciamiento criminal (LECRIM). Por esta razón, el juez de instrucción puede no acordar el desalojo de los ocupantes como medida cautelar de justicia restaurativa antes del juicio a través del artículo 13 LECRIM (diligencias de prevención). El delito de ocupación sin violencia tiene una pena de multa de tres a seis meses. Contrasta con la regulación en otros países como Italia en los que la pena de dos años de prisión y multa⁽²⁶⁾.

Este fallo ha sido en parte paliado por la reciente reforma procesal operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia que permitirá que los delitos de allanamiento de morada y de usurpación de inmueble se tramiten como juicio rápido. Se pretende agilizar el trámite de la celebración del juicio oral tras la presentación de la denuncia y la elaboración del atestado policial para que se remita este a la autoridad judicial y se proceda al inmediato señalamiento de juicio. Se ha reformado el art. 795 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aunque la aceleración de la celebración del juicio es un avance, al propietario le interesa el desalojo inmediato del ocupante ilegal al margen de la reprochabilidad penal de la conducta. Por ello lo razonable si se quiere de verdad resolver el problema de la ocupación ilegal es establecer medidas cautelares eficientes que permitan el desalojo en un plazo máximo de 72 horas.

Esta materia será tratada de forma más pormenorizada en otros apartados de esta obra.

En lo que se refiere a la vía civil teóricamente hay que distinguir entre la situación creada por el genuino «okupa», es decir, el poseedor ilegítimo que carece de título para poseer de la del que se mantiene en el inmueble cuando ha cesado la relación jurídica que le autorizaba a poseer como puede ser el inquilino o usufructuario temporal. Estos últimos supuestos se resuelven por la vía de la acción de juicio verbal por «desahucio por precario» prevista en el artículo 250.1-2.º LEC dirigida a recuperar la posesión «cedida en precario». Este proceso tiene naturaleza plenaria y no sumaria, por lo que la sentencia que se dicte pone fin al proceso y genera plenos efectos de cosa juzgada. No hay limitación de alegación y prueba y admite la discusión de cuestiones complejas que puedan surgir en el pro-

(26) El 31 de diciembre de 2022 entró en vigor en Italia la Ley núm. 199, de 30 de diciembre de 2022, por la que se convierte en ley, con modificaciones, el Decreto Ley núm. 162, de 31 de octubre de 2022, relativo, entre otros asuntos varios, a un aumento de las sanciones penales contra los ocupantes ilegales.

cedimiento. No obstante, no han faltado resoluciones judiciales que han permitido que se acuda a este procedimiento en el caso de los okupas.

Sí que vale para expulsar al okupa la acción prevista en el artículo 250.1.4.º LEC que regula la acción posesoria de recobrar la posesión (antiguamente denominado interdicto de recobrar). Protege a quien ha sido despojado de la posesión y se trata de una acción sumaria que se centra en el hecho posesorio que no produce efectos de cosa juzgada. Ello significa que no hay obstáculo a que se discuta el fondo del asunto en un posterior juicio declarativo ordinario, ya que la sentencia que en aquellos se dicte no tiene efectos de cosa juzgada material. La acción se sustancia por los trámites del juicio verbal y el plazo para ejercitar la acción es de un año desde el despojo (art. 439.1 LEC).

También hay que tener en cuenta la acción recogida en el artículo 250.1.7 LEC y 41 LC. El titular de un derecho real inscrito demanda la efectividad de su derecho y le basta con aportar la certificación del Registro de la Propiedad frente a quien se oponga a su ejercicio sin título inscrito. El demandado tiene limitadas causas de oposición (art. 444 LEC).

Esta pluralidad de procesos tiene un problema común que es la duración del procedimiento de la cual se aprovecha el okupa que, conociendo la ilegalidad de su tenencia, se mantiene en el uso de la vivienda hasta que el propietario o poseedor legítimo obtenga una resolución judicial favorable. Durante ese tiempo vive gratis en el inmueble. La lentitud de la justicia y su colapso favorece la vulneración de derechos. No hay medidas cautelares en el marco del proceso de tutela de la posesión que permitan desalojar al okupa con carácter previo.

El legislador fue consciente de este problema y aprobó la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. En su preámbulo reconoce *«ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda, en muchos casos también con una difícil situación económica, personal o familiar»*. Se introdujo un párrafo al artículo 250.1.4.º LEC, relativo a la acción posesoria de recobrar la posesión diseñando un sistema para recuperar inmediatamente la posesión sin necesidad de esperar a que concluya el proceso posesorio. El demandante que demuestre su derecho a poseer puede solicitar la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda a través de un trámite incidental que permite el rápido desalojo del ocupante. Solicitado por el demandante, en el decreto de admisión de

la demanda se requiere a los ocupantes para que aporten en el plazo de cinco días «título que justifique su situación posesoria».

Si el okupa no lo aporta, entonces el tribunal mediante auto ordena la entrega de la posesión al demandante. Contra este auto no cabe recurso. El sistema está bien pensado y ataca la causa del problema: permite el rápido desalojo para que no haya incentivos a la okupación aprovechando la dilación del procedimiento.

Pero como se tratará en otros apartados de la presente obra, tal cambio legal no fue eficiente dado su estricto ámbito de aplicación que deja fuera a los propietarios personas jurídicas. Otro problema que se plantea con esta nueva regulación es que el okupa debe aportar «título que justifique su situación posesoria». Basta con que el okupa aporte un título «con apariencia de validez» para que se bloquee este incidente rápido de desalojo. Si el juez tiene dudas sobre la validez del título desestimaré el incidente de desalojo y continuará con el procedimiento, dado que en el trámite incidental no hay vista oral ni contradicción. El objetivo del okupa de mantenerse en el uso del inmueble durante todo el periodo que dure el procedimiento, de nuevo, se ha conseguido. El hecho de que el auto que decreta el desalojo sea irrecurrible, hace que, a la más mínima duda, el juez desestime el desalojo. Como se puede comprobar, «hecha la ley, hecha la trampa».

De ahí que yo haya defendido⁽²⁷⁾ que es pertinente la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 37) en relación con la forma del contrato de arrendamiento. La libertad de forma permite que sea fácil falsificar un título y bloquear la medida cautelar.

A mi juicio, el contrato de arrendamiento debe convertirse en un contrato formal. Bastaría una «formalidad administrativa»: Contrato celebrado por escrito sellado y depositado en la Comunidad autónoma en la que esté situado el inmueble (Consejería de vivienda correspondiente). Podría así crearse un registro administrativo de contratos de arrendamiento de fincas urbanas en la Agencia de vivienda social que es la que actualmente está gestionando las fianzas arrendaticias en la Comunidad de Madrid o en el organismo equivalente de otras Comunidades Autónomas (vgr. la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía).

Es necesario ampliar el ámbito de aplicación de la Ley 5/2018 y extender el uso de la medida cautelar también a personas jurídicas y a inmuebles distintos de vivienda y que se habilite trámite o vista dentro del incidente de desalojo para evaluar la veracidad del título de forma que no se bloquee la medida con la simple presentación de un documento.

(27) CUENA CASAS, M., «Okupación y falsedad del título jurídico. Propuestas de reforma», <https://www.hayderecho.com/2022/11/14/okupacion-ilegal-y-falsedad-del-titulo-juridico-propuestas-de-reforma/> (Consultado el 20 de junio de 2024).

Por último, cabe mencionar una suerte de tutela administrativa más formal que otra cosa porque su eficacia práctica es limitada. El artículo 37.3 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LSC) tipifica como infracción administrativa de carácter leve la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos; o la permanencia en ellos en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Se sanciona con multa de 100 a 600 euros (art. 39.1 LSC). Así mismo se sanciona la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada. Como señala la Instrucción 6/2020, se trata de ocupaciones ocasionales o esporádicas de inmuebles que no constituyan morada permanente o estacional, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo delictivo (por ejemplo, jóvenes que se introducen en un edificio deshabitado o en ruinas para pasar la tarde, claramente se observa la no voluntad de permanencia).

Resulta llamativo que después de reducir la pena de la usurpación de inmuebles, dificultando la adopción de medidas cautelares, se pretenda justificar la lucha contra la *ocupación ilegal* con esta «tutela administrativa» que apenas aporta soluciones al propietario y tiene un incentivo negativo mínimo a la ocupación con esa birriosa sanción. Se produce una administrativización de ilícitos civiles⁽²⁸⁾ con difícil conexión con la seguridad pública⁽²⁹⁾. Con todo, entiendo que esta regulación es compatible con todos los remedios civiles para obtener el desalojo del ocupante.

Pero es que, además, es norma de difícil interpretación por cuanto se refiere a conductas no constitutivas de infracción penal, reduciéndose mucho su ámbito de aplicación a supuestos residuales. Así, por ejemplo, no

(28) PIZARRO NEVADO, R., «De la ineficaz e inadecuada tutela del patrimonio inmobiliario privado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana». *Revista General de Derecho Administrativo* 49 (2018), p. 5. Esta discutible regulación ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Cataluña por entenderse que las infracciones administrativas están integradas por conductas que son lesivas para los bienes jurídicos de titularidad colectiva, no para bienes jurídicos estrictamente privados como la propiedad, para los cuales el derecho civil prevé las acciones necesarias para restablecer la integridad y el goce pacífico de los derechos del titular. A juicio del recurrente, no queda expresado en el propio tenor del párrafo primero de forma suficientemente nítida cuál es el bien jurídico de naturaleza colectiva protegido por el artículo 37.7 LSC, en el sentido que su redacción no conduce necesariamente al establecimiento de una conexión directa y clara con la protección de la seguridad ciudadana, dado que no señala la lesión o riesgo en que consiste la infracción, falta de claridad y certeza que vulnera los principios de tipicidad y seguridad jurídica [...]. Por todo ello entiende que el art 37.7 LOPSC es contrario a los artículos 25.1 y 9.3 CE. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso en sentencia (Pleno) 13/2021, de 28 enero 2021.

(29) BILBAO UBILLOS, J. M., «La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 36, 2015, p. 254.

podrá ser objeto de sanción administrativa si se ocupa un inmueble habitado que constituye morada, porque entraría en el terreno del allanamiento de morada. Si hay denuncia penal, no podrá dictarse resolución administrativa hasta que haya resolución judicial en la jurisdicción penal.

En relación con el desalojo por parte de las FSE, la Instrucción 6/2020 no prevé intervención de las FSE en caso de infracción administrativa.

Como se puede apreciar de esta somera exposición que será desarrollada en otros apartados de esta obra, la ineficacia de la regulación vigente está suponiendo un incentivo a la ocupación ilegal de inmuebles. El problema es sustantivo, pero, sobre todo, procesal. La lentitud de los procedimientos y los nuevos trámites a los que la Ley por el derecho a la vivienda somete al propietario agravan todavía más el problema. El desalojo del ocupante ilegal se ha convertido prácticamente en tarea imposible, algo que saben los ocupantes y las mafias que los organizan. Por eso cabe hablar de una cuarta vía para desalojar al ocupante ilegal, la vía de hecho que se está demostrando altamente efectiva.

3. LA VÍA DE HECHO COMO REMEDIO A LA OCUPACIÓN ILEGAL

Por las razones apuntadas, la realidad es que la ocupación ilegal ha generado un «mercado» paralelo nada desdeñable. No solo se ha incrementado el negocio de las empresas de alarmas (en un 35 % en los últimos cinco años)⁽³⁰⁾ y de seguridad y de las compañías de seguros que han introducido esta cobertura en sus contratos⁽³¹⁾, sino que, como ya he adelantado han proliferado las empresas dedicadas a las «desocupación»⁽³²⁾, es decir, a expulsar al ocupante de la vivienda evitando los cauces legales ordinarios. El afectado se «autotutela» ante el fracaso de los mecanismos legales. El servicio que ofrecen es formalmente la mediación entre el propietario y el ocupante. Destaca la «presión» que ejercen estas empresas al okupa mediante el control de accesos impidiendo la entrada a cualquier individuo que abandone el domicilio⁽³³⁾, con la idea de que el ocupante ilegal

(30) https://www.escudodigital.com/vigilancia/crece-demanda-alarmas-en-hogares-mas-35-en-ultimos-5-anos_50747_102.html.

(31) <https://www.eleconomista.es/vivienda-inmobiliario/noticias/12347859/06/23/panico-a-la-okupacion-el-negocio-de-seguros-y-alarmas-se-dispara-tras-la-ley-de-vivienda.html>.

(32) Sin ánimo de hacer publicidad, es llamativa la proliferación de este tipo de empresas. Una simple búsqueda en internet arroja multitud de resultados: *Bastiondesokupacion*, *Desokupaexpres*, *«Fuera okupas»*, *desokupa...*

(33) El control de acceso está previsto en el artículo 32.be de la Ley 5/2014, de Seguridad Privada. Tal precepto faculta a los vigilantes de seguridad privada a «efectuar controles de identidad,

no estará muy interesado en llamar a la policía para denunciar estas presiones. Nada que reprochar si su tarea fuera meramente mediadora sin coacción ni intimidación ni amenazas⁽³⁴⁾. Sus tarifas rondan los 2.500-3.000 euros y si han emergido es precisamente por los fallos regulatorios.

A día de hoy no existe ninguna sentencia que condene la actividad de estas empresas, pues es lícito el establecimiento de controles de accesos a petición del que es verdadero propietario del inmueble. De ahí que se haya considerado que tanto las empresas de seguridad como las dedicadas a la mediación y desalojo de los ocupantes ilegales están amparadas en principio por el artículo 20.7 del Código Penal que establece que están exentos de responsabilidad criminal»⁽³⁵⁾.

Pero lo peor no es que esta actuación ilegal y la impunidad con la que actúan sus autores ha sido el caldo de cultivo de auténticas «*mafias de la okupación*»⁽³⁶⁾, se trata de una «okupación profesional» configurada como negocio lucrativo, dotada de una logística compleja y encuadrada en el ámbito de la delincuencia organizada⁽³⁷⁾. Personas que buscan en el Registro de la propiedad los activos de bancos o fondos de inversión y cuando los localizan, la ofertan a terceros a quienes cobran por abrirles la puerta. Una vez dentro la responsabilidad es del okupa. Es decir, han proliferado las mafias que buscan casas para okupar y lo hacen a cambio de un precio. El negocio es tan apetitoso que los propios okupas utilizaban a menores para declararse vulnerables evitando el desalojo y luego alquilando a terceros esa vivienda okupada⁽³⁸⁾ y ofreciendo luego sus servicios al propietario para desalojar a los okupas que previamente ellos habían introducido.

Otra opción de negocio son las empresas que facilitan a los titulares de inmuebles el contacto con un tercero que se compromete a ocupar la vivienda para así evitar que sea ocupada. Estos terceros se denominan *guardianes* y lejos de pagar algo por vivir y habitar en el inmueble se li-

(34) Llamativo el título del reportaje realizado por RTVE sobre este tema: «O pagas o cobras» emitido el 11 de noviembre de 2016. BARRIA DE QUIROGA LÓPEZ, J., *Ocupación ilegal de viviendas paso a paso. Procedimientos para recuperar la posesión*, Colex, La Coruña, 2020, p. 103, reconoce que estas compañías no son ilegales pero rozan la ilegalidad pues el control de accesos debe hacerse por personas autorizadas para ello y además en esa forma de intimidar de advertir o amenazar a los okupas con que si salen de la vivienda ya no pueden volver a entrar podría considerarse un delito de amenazas o coacciones.

(35) MOZAS PILLADO, J., *Ocupantes ilegales de inmuebles. Una. Perspectiva penal y criminológica. Especial referencia al desalojo policial*. Ed. Atelier, Barcelona, 2021, p. 353.

(36) <https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/Desarticulado-un-grupo-criminal-que-gestionaba-la-okupacion-mafiosa-de-una-urbanizacion-en-Madrid/> (Consultado el 10 de julio de 2023).

(37) Término utilizado por Lafuente Torralba, A., *op. cit.*, p. 117.

(38) https://www.hispanidad.com/sociedad/mafias-okupacion-cobran-miles-euros-fondos-por-desalojar-viviendas-ellos-mismos-okupan_12040280_102.html (Consultado el 10 de julio de 2023).

mitan a cubrir los gastos que el inmueble genera y que varían en función de las circunstancias. Se introduce así incluso un modo de vida y acceso a la vivienda que beneficia dice a empresas y particulares⁽³⁹⁾. El propietario contrata un ocupante que aparente ser okupa y evite una okupación real. Impresionante...

Y todo esto aderezado por un «manual de instrucciones para la okupación⁽⁴⁰⁾» que circula por internet, que incorpora tutoriales donde se recogen todos los consejos que necesitan los okupas para escaparse por los resquicios de la ley y quedar impunes.

En suma, nos encontramos ante un problema complejo que requiere intervención urgente porque se está imponiendo la «ley de la selva». Minimizarlo supone admitir una flagrante e injustificada lesión al derecho de propiedad, un insulto al propio Estado de derecho que puede tener efectos económicos colaterales indeseables. Poca inversión puede atraer un país cuyo sistema jurídico tolera ataques de esta naturaleza. Y por la importancia y transcendencia del ataque, la clave no es el número de casos, sino que se produzcan casos y se vea un propietario expropiado del uso sin justiprecio. Pero lo malo no es solo que haya ocupaciones ilegales, sino que sea la propia legislación la que las incentive y las estimule.

BIBLIOGRAFÍA

- BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J., *Ocupación ilegal de viviendas paso a paso. Procedimientos para recuperar la posesión*, Colex, La Coruña, 2020.
- BILBAO UBILLOS, J. M.: «La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 36, 2015.
- CUENA CASAS, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 93, núm. 764, 2017, pp. 2871-2924.
- «Okupación y falsedad del título jurídico. Propuestas de reforma», <https://www.hayderecho.com/2022/11/14/okupacion-ilegal-y-falsedad-del-titulo-juridico-propuestas-de-reforma/>.

de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de éstos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio, sin que, en ningún caso, puedan retener la documentación personal, pero sí impedir el acceso a dichos inmuebles o propiedades. La negativa a exhibir la identificación o a permitir el control de los objetos personales, de paquetería, mercancía o del vehículo facultará para impedir a los particulares el acceso o para ordenarles el abandono del inmueble o propiedad objeto de su protección».

(39) Ejemplo de ello es la empresa «Ideal Guardian» <https://www.europapress.es/economia/construccion-y-vivienda-00342/noticia-ideal-guardian-aspira-dar-hogar-5000-personas-primer-ano-espana-20210224170944.html>.

(40) <https://www.desokupaexpres.com/noticias-okupas/el-manual-de-okupacion-la-guia-para-okupar/>.



- DEFENSOR DEL PUEBLO. «La vivienda protegida y alquiler social en España», Madrid 2019 https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/07/Separata_vivienda_protegida.pdf.
- EUROSTAT, «Housing in Europe. 2023 Interactive edition» <https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023> (Consultado el 20 de febrero de 2024).
- INSTITUT CERDÀ, «La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica. Un problema que necesita solución», 2017.
- KHALID ELFAYOUMI, *et al.*, «Affordable Rental Housing: Making It Part of Europe's Recovery», Fondo Monetario Internacional Mayo 2021 Departmental Paper No 2021/013, p. 27 <https://www.imf.org/en/Publications/Publications-By-Author?author=Khalid+ElFayoumi&name=Khalid%20ElFayoumi>.
- LAFUENTE TORRALBA, A. J., «El *Laberynthus iudiciorum* de la ocupación ilegal de viviendas: remedios en las vías penal y civil y análisis de su eficacia», *Revista de Derecho aragonés*. Núm. 26-27, 2020-2021.
- LÓPEZ SIMÓ, F., «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», *Diario La Ley*, núm. 10383, 2023.
- MAGRO SERVET., V., «¿Delito de ocupación (art. 2452 CP) o allanamiento de morada (art. 202 CP)? ¿Medidas civiles o medidas cautelares penales de expulsión?» *Diario La Ley*, núm. 9680, 23 de julio de 2020.
- MOZAS PILLADO, J., *Ocupantes ilegales de inmuebles. Una. Perspectiva penal y criminológica. Especial referencia al desalojo policial*. Ed. Atelier, Barcelona, 2021.
- NACIONES UNIDAS, «Relator especial sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada» <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequate-housing>.
- OECD «Brick by brick. Building better housing policies», 31/05/2021, <https://doi.org/10.1787/b453b043-en>.
- PIZARRO NEVADO, R., «De la ineficaz e inadecuada tutela del patrimonio inmobiliario privado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana». *Revista General de Derecho Administrativo* 49 (2018).
- SIMÓN MORENO, H., «La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos humanos en conflicto», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, p. 2164.
- VIADER, C., «La ocupación como problema legal y social». <https://www.hayderecho.com/2020/09/09/la-okupacion-como-problema-legal-y-social/>.

C. Remedios civiles frente a la ocupación de inmuebles (I): El juicio verbal para el desahucio exprés de *okupas**

Francisco López Simó

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de las Islas Baleares
francisco.lopezsimo@uib.es*

Resumen: *En el presente capítulo se analiza críticamente uno de los instrumentos procesales que proporciona la LEC para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles: el juicio verbal para el desahucio exprés de los okupas de viviendas, incorporado a aquélla por la Ley 5/2018, de 11 de junio. Tras una visión general de los aspectos fundamentales de este juicio verbal previsto en el artículo 250.1.4.º, párr. 2.º y concordantes de la LEC (marcado carácter sumario, limitación del objeto y de los sujetos legitimados activamente, especialidades de tramitación más importantes, etc.), se identifican y exponen los principales problemas que plantea su regulación actual y se apuntan posibles medidas y propuestas de lege ferenda para tratar de solucionarlos, a fin de que tales problemas no persistan y sigan actuando como*

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID2021-124953NB-I00) y del que es investigadora principal la Dra. Matilde Cuenca Casas.

incentivos a la ocupación ilegal de inmuebles. Se han incorporado a este trabajo las modificaciones que ha experimentado recientemente el desahucio exprés de okupas como consecuencia de la Ley Orgánica 1/2025 de eficiencia de la Justicia y, sobre todo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025 acerca de la Ley por el derecho a la vivienda.

Palabras clave: *Vivienda, ocupación ilegal, procedimiento de desahucio exprés, regulación actual, identificación de problemas y propuestas para solucionarlos.*

Abstract: *This chapter critically analyses one of the procedural instruments provided by the LEC to deal with the illegal occupation of real estate: the verbal trial for the express eviction of squatters from dwellings, incorporated into it by Law 5/2018, of 11 June. After an overview of the fundamental aspects of this verbal trial provided for in artículo 250.1.4.º, para. 2 and concordant articles of the LEC (markedly summary nature, limitation of the object and of the parties with active standing, most important specialities of processing, etc.), the main problems posed by its current regulation are identified and set out, and possible measures and lege ferenda proposals are pointed out to try to solve them, so that these problems do not persist and continue to act as incentives for the illegal occupation of real estate. The modifications that have recently been made to the express eviction of squatters as a result of Organic Law 1/2025 on the efficiency of justice and, above all, Constitutional Court Ruling 26/2025 on the Law on the Right to Housing, have been incorporated into this work.*

Keywords: *Housing, squatting, express eviction procedure, current regulation, identification of problems and proposals to solve them.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El juicio verbal introducido en la LEC por la Ley 5/2018, de 11 de junio, en relación con la ocupación ilegal de viviendas: visión general. 2.1 Consideraciones previas sobre el procedimiento de *desahucio exprés de okupas*. 2.2 Juicio verbal con especialidades y de marcado carácter sumario. 2.3 Competencia territorial imperativa y postulación obligatoria. 2.4 Restricciones en cuanto a la pretensión que puede ejercitarse y a los sujetos legitimados activamente. 2.5 Tramitación: especialidades más importantes. 2.6 No obligatoriedad de acudir a este procedimiento en caso de ocupación ilegal de una vivienda. 3. Principales problemas que plantea la regulación actual de este juicio verbal. Algunas propuestas de *lege ferenda* para tratar de solucionarlos. 3.1 Limitación del objeto (sólo cierta clase de inmuebles). 3.2 Limitación de la legitimación activa (sólo ciertas clases de poseedores de viviendas). 3.3 Reformas operadas por la Ley de vivienda de 2023 en los procedimientos de desahucio, que complican y retrasan la recuperación de la posesión de inmuebles ocupados. 3.3.1 Nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para la admisión a trámite de la demanda. 3.3.2 Extensión a todos los desahucios (incluido el *exprés de okupas*) de la posible suspensión del proceso ante una situación de vulnerabilidad del demandado, e incremento de los plazos de suspensión. 3.3.3 Prohibición, en todos los desahucios, de los señalamientos de lanzamientos sin fecha y hora predeterminadas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como muy bien se ha explicado en el capítulo anterior de esta obra –y, por tanto, aquí no hace falta insistir más en ello– la ocupación ilegal de inmuebles se ha convertido en España, en los últimos años, en un problema social grave (o, al menos, esta es la percepción general de los españoles), cuya causa primordial se halla en la escasez de viviendas en alquiler a precios asequibles. En nuestro ordenamiento jurídico se contemplan diferentes vías para afrontar este problema: la vía civil, la penal y la administrativa; al margen de estas tres vías está la actuación – muchas veces al filo de la legalidad– de las denominadas «empresas desokupas», muy extendida últimamente (lo que es un síntoma clarísimo de que la solución jurisdiccional de los conflictos en materia de ocupación ilegal de inmuebles no está funcionando correctamente)⁽¹⁾.

Pues bien, en el presente capítulo se analizará críticamente uno de los remedios que, dentro de la vía civil, proporciona la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles: el juicio verbal para el desahucio exprés de *okupas*, incorporado a aquélla por la llamada «Ley anti-okupas» de 2018. Tras una visión general de los aspectos fundamentales de este juicio verbal previsto en el artículo 250.1.4.º, párr. 2.º y concordantes de la LEC (marcado carácter sumario, limitación del objeto y de los sujetos legitimados activamente, especialidades de tramitación más importantes, etc.), se identificarán y expondrán los principales problemas que plantea su regulación actual y se apuntarán posibles medidas y propuestas *de lege ferenda* para tratar de solucionarlos, a fin de que tales problemas no persistan y sigan actuando como incentivos a la ocupación ilegal de inmuebles.

Como se verá a lo largo de las páginas siguientes, el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* lo configuró la citada Ley de 2018 como una modalidad de tutela jurisdiccional sumaria y particularmente expeditiva, a fin de que pudiera sustanciarse con suma rapidez. En la práctica, sin embargo, con frecuencia ello no ha sido posible, a causa de la sobrecarga de trabajo que padecen nuestros órganos jurisdiccionales: un procedimiento que, en teoría, debería durar unos pocos meses, tiene en realidad una duración media próxima al año (sólo en la primera instancia). Este problema se agravó con la entrada en vigor de la Ley de vivienda de 2023, al introducir esta Ley, en todos los procesos de desahucio –incluido, pues, el *exprés de okupas*–, una serie de medidas dirigidas a proteger a las personas y familias vulnerables que, a la vez, representaban para los propietarios de viviendas

(1) Véase, sobre todo esto, el anterior capítulo de este Tratado: CUENA CASAS, M., *El problema de la ocupación ilegal en España*, passim.

ocupadas verdaderos obstáculos procesales al desalojo⁽²⁾. No obstante, algunas de estas medidas han quedado sin efecto recientemente, por obra de la Ley Orgánica 1/2025 de eficiencia de la Justicia y, sobre todo, de la Sentencia 26/2025 del Tribunal Constitucional, que ha declarado la inconstitucionalidad parcial de la Ley de vivienda.

2. EL JUICIO VERBAL INTRODUCIDO EN LA LEC POR LA LEY 5/2018, DE 11 DE JUNIO, EN RELACIÓN CON LA OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS: VISIÓN GENERAL

2.1 Consideraciones previas sobre el procedimiento de desahucio exprés de okupas

A mediados de 2018, ante la extensión del fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles –esto es, no consentida ni tolerada por sus legítimos propietarios o poseedores– que se estaba produciendo en nuestro país, especialmente en los núcleos urbanos⁽³⁾, y la inexistencia en la legislación vigente entonces de un procedimiento civil idóneo (rápido) para afrontar este fenómeno eficazmente, las Cortes Generales aprobaron la *Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la ocupación ilegal de viviendas*, conocida popularmente como «Ley anti-okupas» (en adelante, Ley 5/2018)⁽⁴⁾, que introdujo en

(2) Además, las reformas operadas en este tema por la Ley de vivienda de 2023 se hicieron –como señalaron los Jueces de Primera Instancia de Barcelona– a través de normas de escasísima calidad técnica, que a menudo contienen párrafos farragosos, oscuros y reiterativos; como consecuencia de ello, la normativa procesal civil en materia de vivienda resultante de dicha Ley, desgraciadamente, adolece de una gravísima falta de rigor, hasta el punto que «se hace difícil llevar a cabo el ejercicio de interpretar la voluntad del legislador y aplicar correctamente la ley (función básica y esencial del Poder Judicial), cuando la misma resulta confusa y en algunos casos hasta contradictoria»: Así, *Criterios orientadores aprobados por los Jueces de Primera Instancia de Barcelona, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*, Barcelona, 29 de junio de 2023, p. 1; documento en formato pdf accesible en línea (a través de la página web del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona):

<https://www.icab.es/actualidad/noticias/noticia/La-CRAJ-informa-Criterios-Orientadores-de-los-Juzgados-de-Primera-Instancia-de-Barcelona-sobre-la-aplicacion-de-la-nueva-ley-de-vivienda/>

(3) Según datos del Ministerio del Interior y del Ministerio de Fomento, el número de ocupaciones ilegales denunciadas en 2018 ascendió a 12.214 (un promedio de 33 casos diarios). La cifra había ido en aumento en los últimos años, pues en 2013 –primer año con datos oficiales disponibles– las denuncias recibidas fueron 7.739, lo que revelaba un incremento cercano al 58% desde entonces (fuente: diario *El Mundo*, «La ocupación ilegal de viviendas crece un 58% en cinco años», artículo publicado el 24 de noviembre de 2018, edición digital:

<https://www.elmundo.es/espana/2019/11/24/5dd97350fc6c83f63c8b45b1.html>).

(4) Como aclara CUENA CASAS, M., «técnicamente, *okupa* es aquel que se instala en propiedad ajena (vivienda o local) sin el consentimiento del propietario. No lo es el inquilino que deja de pagar la renta, ya que éste entró a poseer el inmueble con el consentimiento del legítimo titular»: ID.,

nuestra legislación procesal civil una novedosa modalidad del interdicto de recobrar la posesión de una cosa por quien haya sido despojado de ella.

En efecto, con la finalidad de que una vivienda ocupada ilegalmente pudiera ser recuperada con mayor rapidez por su propietario o poseedor legítimo por otro título, lo que hizo la citada Ley 5/2018 fue, básicamente, adecuar o actualizar el tradicional interdicto de recobrar previsto en el núm. 4.º del artículo 250.1 de la LEC o, en otras palabras, crear una modalidad singular, sumamente expeditiva, de este interdicto mediante la reforma de dicho precepto de la LEC (nuevo párrafo 2.º) y el procedimiento desarrollado para este caso en los también reformados artículos 437 (nuevo ap. 3 bis), 441 (nuevo ap. 1 bis) y 444 (nuevo ap. 1 bis) de la propia LEC, todos ellos relativos al juicio verbal. Se introdujo así en la LEC un nuevo juicio verbal con abundantes especialidades, llamado «procedimiento para la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda ocupada ilegalmente», que popularmente –y también entre los juristas– se conoce como procedimiento de *desahucio exprés de okupas* (en adelante, emplearé generalmente esta denominación, por su brevedad y expresividad; y lo haré, por supuesto, sin ánimo peyorativo alguno)⁽⁵⁾.

El procedimiento para recuperar inmediatamente la posesión de viviendas ocupadas ilegalmente instaurado en 2018 supuso, en teoría, un gran avance con vistas a combatir eficazmente, en la vía civil, el problema de la ocupación ilegal en España, al proporcionar a los propietarios o poseedores legítimos de viviendas un instrumento procesal específico y mucho más ágil a tal fin que los que había hasta ese momento. En la práctica, sin embargo, la experiencia de más seis años de aplicación del procedimiento de *desahucio exprés de okupas* revela que, en general, este procedimiento no es una solución plenamente satisfactoria para hacer frente a ese problema, debido a ciertas limitaciones impuestas por su propia normativa reguladora (luego las veremos) y a que, además, el dictado de la resolución judicial ordenando el desalojo de los ocupantes suele demorarse excesivamente, a causa del elevado número de asuntos que tienen que

¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda), en el blog «Hay Derecho», 10 de julio de 2023:

<https://www.hayderecho.com/2023/07/10/la-okupacion-de-inmuebles-como-instrumento-para-garantizar-el-derecho-a-la-vivienda-a-proposito-de-la-ley-por-el-derecho-a-la-vivienda/>

Por ello, no será objeto de este capítulo la llamada *inquiokupación*, dado que, aunque es indudable que el derecho de propiedad se ve comprometido por personas que disfrutan ilegítimamente de un bien inmueble tanto en el caso de la *okupación* como en el de la *inquiokupación*, no son situaciones iguales (sobre la *inquiokupación* y los remedios civiles frente a ella, *vid.* el capítulo A de este bloque XI de la presente obra).

(5) *Vid.*, entre los primeros estudios publicados sobre este procedimiento, el excelente trabajo de SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas*, en Diario La Ley, núm. 9264, 21 de septiembre de 2018.

atender la mayoría de tribunales: según los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ)⁽⁶⁾, la duración media de los juicios verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas, sólo en la primera instancia, fue en el año 2023 de 12,0 meses; y si alguna de las partes interpuso recurso de apelación, hay que sumar otros 11,2 meses, que fue la duración media en el año 2023 de las apelaciones de sentencias de juicios verbales. Estos datos, horribles (para desalojar a un *okupa* pueden hacer falta, en total, casi 2 años), demuestran, una vez más, que de poco o nada sirve en la práctica que el legislador cree un procedimiento, por muy rápido que sea sobre el papel, si la Administración de Justicia carece de los medios necesarios –sobre todo, personales: más jueces– para poder sustanciarlo en el tiempo legalmente previsto⁽⁷⁾.

La *Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*⁽⁸⁾ (en adelante, Ley 12/2023 o LDV), mediante su extensa disposición final quinta («Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»), introdujo reformas muy relevantes en el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* (también en los demás procedimientos del artículo 250.1 LEC susceptibles de provocar el lanzamiento del demandado de un inmueble) que iban dirigidas, fundamentalmente, a proteger a los ocupantes de viviendas que se encontraran en situación de vulnerabili-

(6) *Vid.* web del CGPJ:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2023&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Verbales%20posesorios%20por%20ocupaci%C3%B3n%20ilegal%20de%20viviendas>

(7) Así se señaló, al poco de publicarse la Ley 5/2018, por –entre otros– TORRES, A. *¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los okupas en España?*, en blog Sepín, Arrendamientos Urbanos, 14 de junio de 2018: «el poder legislativo aprueba una reforma de marcado calado político, más efectista que efectiva, (...) que, con casi toda seguridad, no va a tener el resultado esperado. El legislador, como casi siempre, olvida que el problema no es tanto de carácter procedimental como endémico, derivado del deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia, consecuencia fundamentalmente de la falta de medios de los que dispone. (...)».

(8) Publicada en el BOE núm. 124, de 25/05/2023. Esta Ley, según su DF. 9.ª, entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE (esto es, el 26 de mayo de 2023), excepto lo previsto en la DF. 2.ª (incentivos fiscales aplicables en el IRPF a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda), cuya vigencia se pospuso al 1 de enero de 2024.

No hay duda de que a los procesos iniciados a partir del 26 de mayo de 2023 se les aplican en todo caso las nuevas normas procesales derivadas de la LDV, ya que, como regla, los asuntos atribuidos a los tribunales civiles se sustancian siempre con arreglo a las normas procesales vigentes en el momento de comenzar las actuaciones (art. 2 LEC). Ahora bien, qué sucede con los procesos pendientes, iniciados antes del 26 de mayo de 2023, ¿se les aplican también, con carácter retroactivo, las nuevas normas procesales de la LDV? A mi juicio, con base en la aludida regla general del artículo 2 de la LEC, está claro que no; aplicar a los procesos pendientes esta normativa procesal nueva, incorporada a la LEC por la DF. 5.ª de la LDV, supondría una excepción a la regla del artículo 2 LEC que, como tal, debería haberse establecido por la LDV en una disposición de Derecho transitorio (art. 2 *in limine* LEC). No obstante, *vid.* en contra *Criterios orientadores aprobados por los Jueces de Primera Instancia de Barcelona, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*, cit., p. 2.

dad, a base de establecer unos nuevos requisitos que en determinadas circunstancias debían cumplir los propietarios o legítimos poseedores demandantes, tanto antes de interponer la demanda (nuevo requisito o presupuesto de procedibilidad consistente en someterse a un procedimiento de intermediación o conciliación) como al presentar la demanda (nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para que ésta se admita a trámite). Con tales reformas, inevitablemente, lo que hizo el legislador de la LDV fue retrasar aún más la restauración de la legalidad que se produce con el desalojo de los *okupas* por orden judicial, al poner más obstáculos a la acción de recuperación inmediata de la plena posesión ejercitada por el propietario o poseedor legítimo de la vivienda⁽⁹⁾.

Prueba –una más– de que el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* creado en 2018 no está funcionando en la práctica todo lo bien que se esperaba, dada su excesiva duración (problema que podía ir a peor con las modificaciones introducidas en mayo 2023 por la LDV), es que los principales partidos políticos, conscientes de ello, durante la campaña de las últimas elecciones generales –las celebradas el 23 de julio de 2023– se comprometieron por escrito, en sus respectivos programas electorales, a reformar de nuevo la LEC para dotar de mayor agilidad al desalojo de inmuebles ocupados⁽¹⁰⁾.

2.2 Juicio verbal con especialidades y de marcado carácter sumario

Conviene señalar, aunque sea brevemente, que el *desahucio exprés de okupas* es un juicio verbal con numerosas especialidades de tramitación (luego se expondrán las principales), en función de la pretensión que puede ejercitarse en él (recuperar inmediatamente la plena posesión de una vivienda ocupada sin el consentimiento de su propietario o poseedor legítimo: art. 250.1.4.º, párr. 2.º LEC), y, como todos los procesos relativos a la posesión o interdictales, de carácter sumario en sentido técnico, por-

(9) Como veremos, buena parte de esos obstáculos procesales al desalojo de *okupas* –y de otros ocupantes de inmuebles– que creó la LDV, han sido declarados inconstitucionales por la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025, de 29 de enero (los aspectos de esta sentencia que interesan a los fines de este trabajo se expondrán más adelante: *vid.* ap. 2.5, § 2).

(10) *Vid.* Programa Electoral del PP, *Un proyecto al servicio de un gran país. 23 J-Elecciones Generales*, «Paquete de medidas anti-okupación», pp. 80-81. Y Programa electoral del PSOE, *Adelante. Elecciones Generales 23 Julio 2023*, p. 244, donde se afirmaba que «La ocupación ilegal de viviendas es un hecho grave y debe combatirse, especialmente la acción de las mafias. Por eso, para el Gobierno de España ha sido una prioridad dar respuesta y certidumbre a todas aquellas personas que en algún momento se han podido ver inquietadas en el pacífico disfrute de su vivienda o de sus propiedades. En ese sentido: • Seguiremos mejorando la eficiencia de los procedimientos judiciales. En particular, se impulsará la reforma Legislativa normativa para garantizar el desalojo de los ocupas ilegales en un plazo máximo de 48 horas. (...) • Defenderemos la propiedad privada ante estas ocupaciones conflictivas e ilegales».

que, en consonancia con el objetivo que persigue –agilizar al máximo la resolución de litigios que afectan a esta concreta materia–, están restringidas las posibilidades de alegación y prueba (limitadas a discutir si el actor tiene o no la posesión y a confrontar los títulos posesorios de las partes: art. 444.1 bis LEC) y, además, la decisión judicial que le pone fin no tiene fuerza de cosa juzgada material (artículo 447.2 LEC), por lo que cualquier interesado podrá iniciar otro proceso posterior –ya plenario– relativo al conflicto posesorio planteado en el anterior proceso sumario.

Básicamente por esto –el marcado carácter sumario del procedimiento instaurado por la Ley 5/2018, de 11 de junio– dicha Ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, aduciendo –en lo que ahora interesa– la violación por aquélla de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, de defensa y a un proceso con todas las garantías; recurso que fue totalmente desestimado por la *Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 32/2019, de 28 de febrero de 2019*. En dicha Sentencia el TC, tras poner de relieve que las soluciones procesales dadas hasta ese momento al problema de la ocupación ilegal no habían sido suficientemente satisfactorias y que con la novedosa modalidad del interdicto de recobrar incorporada a la LEC por la Ley 5/2018 se tutelaba el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE), consideró que, a pesar de tratarse de un proceso acentuadamente sumario, ello no impide que el demandado pueda defenderse en el extremo nuclear del asunto que se ventila, aportando título que justifique de un modo suficiente su situación posesoria, por lo que no existe indefensión material, resultando, pues, constitucionales las modificaciones operadas en este aspecto por aquella Ley para hacer frente a la ocupación ilegal de viviendas de forma más rápida.

2.3 Competencia territorial imperativa y postulación obligatoria

Quien se ve privado sin su consentimiento de la posesión de un bien o derecho (en este caso, de una vivienda) y solicita del tribunal que aquélla le sea devuelta, ejercita, claro está, una acción real. Y según el artículo 52.1.1.º LEC, en los juicios en que se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles el tribunal competente es el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa (la vivienda, en este caso); cuando la acción real se ejercite sobre varios bienes inmuebles o sobre uno solo que esté situado en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante. Se trata de una norma de competencia



territorial imperativa, de modo que en los asuntos que deban decidirse por medio del juicio verbal que nos ocupa no será válida la sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de otro lugar (artículo 54.1 LEC).

Para los asuntos que se tramitan por el juicio verbal por razón de la materia (artículo 250.1 LEC), entre los que se encuentra la modalidad del interdicto de recobrar prevista en el párr. 2.º del núm. 4.º del citado artículo 250.1 de la LEC, la postulación es legalmente preceptiva, de modo que las partes deben comparecer ante el tribunal competente para conocer de este asunto representadas por procurador y defendidas por abogado (arts. 23.1 y 31.1 LEC). Lo habitual será que el *okupa* demandado carezca de recursos propios suficientes para afrontar los costes económicos del proceso, de manera que tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita y, por tanto, se le habrá de designar abogado y procurador de oficio con arreglo a lo establecido en la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita (arts. 12 y ss. de dicha Ley). La presentación por el *okupa* de la solicitud de reconocimiento de este derecho (que tendrá que hacerla con anterioridad a la contestación a la demanda) producirá, de oficio o a instancia de parte, la suspensión del proceso, a fin de evitar la indefensión del demandado mientras se tramita y decide su solicitud o se le designa provisionalmente abogado y procurador (artículo 16.1 de la citada Ley); la sustanciación del procedimiento de *desahucio exprés de okupas*, en consecuencia, se alargará a causa de esto.

2.4 Restricciones en cuanto a la pretensión que puede ejercitarse y a los sujetos legitimados activamente

La posibilidad de utilizar el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* está sometida por la ley a dos restricciones o límites, uno objetivo y otro subjetivo. Por lo que se refiere al primero de ellos, este procedimiento sólo puede tener por objeto la recuperación inmediata de la plena posesión de determinados bienes inmuebles, concretamente de «una vivienda o parte de ella» (artículo 250.1.4.º, párr. 2.º LEC), ya se trate de vivienda habitual o de segunda vivienda. Quedan excluidos, pues, de su objeto los inmuebles dedicados a otros fines: locales de negocio, garajes, naves industriales, solares, etc. Para recuperar la posesión de estos otros inmuebles en el caso de que hayan sido ocupados ilegalmente, los afectados deberán acudir a otros cauces procesales (entre ellos, el previsto en el párr. 1.º del mismo artículo 250.1.4.º LEC, esto es, la tutela sumaria de la posesión, pero sin posibilidad de obtener la entrega inmediata de esos bienes).

En lo que respecta al otro límite aludido, el de carácter subjetivo, el propio artículo 250.1.4.º, párr. 2.º LEC establece que esta modalidad particularmente



expeditiva del interdicto de recobrar sólo puede utilizarse por ciertos poseedores de viviendas ocupadas ilegalmente, en concreto por «*la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social*». Así pues, únicamente estos sujetos están legitimados activamente para ejercitar la acción de recuperación inmediata de la plena posesión de una vivienda o parte de ella; los demás (entidades con ánimo de lucro, por ejemplo) no tienen a su disposición esta clase de tutela jurisdiccional, debiendo acudir, por tanto, a otros instrumentos procesales cuando se vean privados de la posesión de una vivienda sin su consentimiento (la tutela jurisdiccional de los derechos reales inscritos que prevé el artículo 250.1.7.º LEC, por ejemplo).

2.5 Tramitación: especialidades más importantes

§ 1. No me detendré aquí en la explicación del procedimiento de *desahucio exprés de okupas*, con todos sus pormenores⁽¹¹⁾. A los fines de este trabajo, bastará con destacar sus especialidades de tramitación más importantes, empezando por las que ya estaban previstas **con anterioridad** a la reforma operada en este procedimiento por la **Ley sobre el derecho a la vivienda de 2023**:

– La demanda se ha de interponer en el plazo –de caducidad– de un año, a contar desde que se produjo la privación de la plena posesión de la vivienda (art. 439.1 LEC); y necesariamente debe acompañarse a ella el título en que el actor funda su derecho a poseer la vivienda en cuestión (art. 437.3 bis LEC), que habitualmente consistirá en la escritura de propiedad de esa vivienda (adviértase que antes de la modificación de la LEC por la LDV, estos dos eran los únicos requisitos que se contemplaban para la admisión a trámite de la demanda que da pie al *desahucio exprés de okupas*).

Dado que en una vivienda ocupada ilegalmente no siempre están las mismas personas, la demanda podrá dirigirse genéricamente contra «*los desconocidos ocupantes de la misma*»⁽¹²⁾, siendo válida la notificación

(11) Para una completa explicación del procedimiento de recuperación inmediata de la plena posesión de una vivienda ocupada ilegalmente, *vid.*, entre otros, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con Moreno Catena, V.), Valencia, 2023, pp. 112-115; VEGAS TORRES, J., *Ejercicio Profesional de la Abogacía* (Memento Práctico F. Lefebvre), Madrid, 2020, pp. 362-363. Y con mayor amplitud, *vid.* CODÓN ALAMEDA, A., *Ocupaciones ilegales: Soluciones penales y civiles*, Barcelona, 2023, pp. 145 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles de desahucio*, Barcelona, 2023, pp. 51 y ss.

(12) La ya citada *STC 32/2019, de 28 de febrero*, también declaró constitucional esta posibilidad de dirigir la demanda de forma genérica contra los ignorados ocupantes de la vivienda.

realizada a éstos o a quienes en concreto se encuentren en la vivienda en ese momento. A fin de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien lleve a cabo dicha notificación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad (medida que resulta totalmente adecuada, dadas las circunstancias en que se efectúa tal acto de comunicación); y cuando esta identificación haya sido posible y los interesados lo consientan, se dará traslado a los servicios sociales por si procediera su actuación (arts. 437.3 bis y 441.1 bis LEC).

– En la misma demanda puede y, lógicamente, debe pedirse por el actor (pues de lo contrario el procedimiento se sustanciará como un juicio verbal más sobre tutela sumaria de la posesión, con sus correspondientes trámites y plazos) la «*inmediata entrega de la posesión de la vivienda*», en cuyo caso en el decreto de admisión a trámite de la demanda se requerirá a los ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquélla, un título que justifique suficientemente su situación posesoria. Si no se produce dicha justificación en ese breve plazo (esto es, los demandados no aportan en cinco días título alguno o se considera insuficiente el que han aportado) y el actor, por su parte, acreditó con la demanda suficientemente su título, el juez ordenará mediante auto el desalojo de las personas que se hallen en ese momento en la vivienda y la inmediata entrega de la posesión de ésta al actor, sin que quepa recurso alguno contra tal resolución. El desalojo de los ocupantes se comunicará, si éstos lo consienten, a los servicios sociales para que, en su caso, puedan adoptar medidas de protección en el plazo de siete días (art. 441.1 bis LEC).

Como se ha señalado⁽¹³⁾, esta es, sin duda, la principal especialidad del procedimiento *desahucio exprés de okupas*: la posibilidad de que el actor solicite, al presentar su demanda, esa medida (la recuperación inmediata de una vivienda ocupada ilegalmente), que el tribunal puede acordar mediante auto irrecurrible tras la sustanciación de un breve incidente, sin necesidad de esperar a la finalización del proceso.

– Cuando en la demanda no se haya solicitado la entrega inmediata de la posesión de la vivienda o, habiéndose solicitado, el juez haya denegado esta medida (por considerar que título aportado por el demandado es bastante, a primera vista, para justificar su situación posesoria), el demandado dispondrá de diez días para contestar a la demanda, sin posibilidad de reconvenir (art. 438, aps. 1 y 2 LEC); es decir, el procedimiento

Como subrayó A. TORRES, esta fue una de las novedades más positivas de la reforma operada en la LEC por la Ley 5/2018, dado que, aunque anteriormente la mayoría de Juzgados ya venían admitiendo que el actor dirigiera su demanda contra los ignorados ocupantes de un inmueble, algunos todavía se mostraban contrarios a ello, por lo que la reforma resultaba necesaria en este punto (ID., *¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los Okupas en España?*, cit.).

(13) VEGAS TORRES, J., *Ejercicio Profesional de la Abogacía*, cit., p. 362.

seguirá su tramitación como cualquier otro juicio verbal sobre tutela sumaria de la posesión (contestación a la demanda, celebración de vista, en su caso, y sentencia), con las especialidades propias de este juicio.

Si el demandado o demandados no contestan a la demanda en el plazo previsto, se dictará sentencia inmediatamente (art. 444.1 bis LEC). Si, por el contrario, aquéllos contestan a la demanda y se oponen a la misma, esta oposición únicamente se podrá fundar, por tratarse de un proceso sumario, en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda (por ejemplo, un contrato de arrendamiento) o en la falta de título por parte de éste (artículo 444.1 bis LEC).

Celebrada, en su caso, la vista, cuando la sentencia que se dicte sea estimatoria de la pretensión del actor, previa solicitud de éste, se ejecutará inmediatamente, esto es, se llevará a cabo el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda sin necesidad de cumplir el plazo de espera (veinte días) legalmente previsto con carácter general (artículo 444.1 bis LEC).

– En las situaciones de «vulnerabilidad económica sin alternativa habitacional» (situaciones descritas en el artículo 5.1.a del *Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19*), con carácter extraordinario y temporal se podrá suspender el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda en los supuestos, entre otros, del núm. 4.º del artículo 250.1 de la LEC, siempre que concurren los distintos requisitos establecidos para ello (artículo 1 bis de dicho RDL 11/2020)⁽¹⁴⁾.

§ 2. La Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda (DF. 5.^a), como ya hemos apuntado, introdujo importantes modificaciones en la regulación del procedimiento de *desahucio exprés de okupas* (también en la de los procedimientos de los núms. 1.º, 2.º y 7.º del art. 250.1 LEC), a fin de proteger a los ocupantes de viviendas que se hallaran en situación de vulnerabilidad económica o social. Estas modificaciones introducidas por la LDV consistieron, en esencia (luego se expondrán con detalle):

(14) Esta suspensión extraordinaria y temporal del procedimiento de desahucio y del lanzamiento para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en el caso, entre otros, del artículo 250.1.4.º LEC, se instauró a través de la modificación del citado RDL 11/2020 por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre y estaba previsto que durase hasta la finalización del estado de alarma (8 de mayo de 2021), pero fue sucesivamente prorrogada, siendo la última prórroga decretada con anterioridad a la LDV la establecida por el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, que extendió la suspensión hasta el 30 de junio de 2023.

Nótese que, además de la vulnerabilidad económica, esta medida requiere que la persona que ocupa la vivienda sea dependiente (de conformidad con lo dispuesto en el ap. 2 del art. 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre), víctima de violencia sobre la mujer o que tenga a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad (ap. 3, párr. 1.º del art. 1 bis del RDL 11/2020, modificado por el RDL 20/2022).

– En el establecimiento de unos nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para la admisión a trámite de la demanda en que se solicite la entrega de una vivienda ocupada ilegalmente, de modo que ésta no se admitirá si no se especifican y acreditan determinadas circunstancias, a saber: si se trata de la vivienda habitual del demandado, si el demandante es un gran tenedor de viviendas y, en caso afirmativo, si aquél se encuentra en una situación de vulnerabilidad (nuevo ap. 6 del art. 439 LEC). Este último requisito (hacer constar en la demanda, cuando el demandante sea un gran tenedor, la situación de vulnerabilidad del demandado), previsto en la letra c) de dicho artículo 439.6 de la LEC, ha sido declarado inconstitucional por la reciente *Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 26/2025, de 29 de enero de 2025*⁽¹⁵⁾.

El TC considera que el requisito de admisibilidad de la demanda establecido en el artículo 439.6 c) de la LEC para los juicios verbales de los núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la misma Ley, «al suponer trasladar a la parte actora una carga acreditativa desmesurada por ser la circunstancia a acreditar susceptible de conocerse también a través de medios igual o más asequibles, constituye una barrera desproporcionada para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva», en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, «resultando, por ello, inconstitucional y nulo por vulnerar el artículo 24.1 CE».

El TC llega a esta conclusión con base en los siguientes argumentos: «Si conforme a nuestra doctrina son contrarios a este derecho [sic: el derecho a la tutela judicial efectiva] los requisitos que condicionen el acceso a la jurisdicción (...), cuando dichos requisitos se erigen en trabas excesivas respecto del fin que lícitamente puede perseguir el legislador, en el presente caso la exigencia de acreditación de la situación de vulnerabilidad se presenta como excesiva, por no resultar comprensible a la luz de una ponderación proporcionada con la finalidad pretendida –encontrar una solución habitacional para las personas en situación de vulnerabilidad económica–, en la medida en que dicho objetivo puede alcanzarse por otras vías sin menoscabo del derecho de quien pretende accionar la justicia o proseguir el correspondiente proceso. [/] Es más, la previsión del artículo 439.6 c) LEC puede considerarse incluso innecesaria para conseguir la finalidad pretendida a la luz de lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición final quinta de la propia Ley 12/2023. La misma acomete una reforma del artículo 441.5 LEC y prevé que por los poderes públicos se adopten las oportunas medidas para hacer

(15) Publicada en el BOE núm. 51 del viernes 28 de febrero de 2025, Sec. TC, p. 28392 y ss. (ECLI: ES: TC:2025:26). Esta sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con diversos preceptos de la LDV de 2023, entre ellos y en lo que aquí interesa la DF 5.ª-2 de la citada Ley, a través de la cual se añadieron nuevos aps. 6 y 7 en el artículo 439 de la LEC.

frente a las eventuales situaciones de desprotección residencial que pudiesen tener lugar con ocasión de la vulnerabilidad económica en que pudieran encontrarse los ocupantes de las viviendas objeto de controversia en los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250 LEC (los mismos a que remite el art. 439.6 LEC), una vez admitida la respectiva demanda y, por tanto, de forma compatible y respetuosa con el derecho de acceso al proceso de quien postula la recuperación de la posesión de la vivienda en cuestión. [/] A estos efectos, el referido artículo 441.5 LEC prevé que en los aludidos casos del artículo 250.1 LEC, siendo el inmueble vivienda habitual de la parte demandada, se informará a esta en el decreto de admisión a trámite de la demanda, de la posibilidad de acudir a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad de la parte demandada. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, se prevé que el juzgado de forma inmediata y de oficio comunicará a dichas administraciones públicas la existencia del procedimiento a fin de que puedan verificar dicha situación de vulnerabilidad y, de existir esta, “presentar al juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada”. [/] La no exigencia del requisito de admisibilidad de la demanda consistente en que la parte actora acredite la referida situación de vulnerabilidad económica no daría lugar, pues, a que quedara desatendida la finalidad legítima perseguida por el legislador. Anticipar su protección condicionando la admisión de la acción resulta, por ello, desproporcionado» (ap. C.c. de los Fundamentos Jurídicos de la *STC 26/2025, de 29 de enero*).

– En el establecimiento, asimismo, de un nuevo trámite obligatorio de intermediación o conciliación previo a la presentación de la demanda en el juicio verbal del núm. 4 del artículo 250.1 de la LEC (también en los casos de los núms. 1.º, 2.º y 7.º de dicho artículo), que operaba como un requisito o presupuesto de procedibilidad cuando concurrieran las tres circunstancias antes mencionadas: que la parte actora tuviese la condición de gran tenedora, que el inmueble objeto de demanda constituyera la vivienda habitual de la persona ocupante y que la misma se encontrase en situación de vulnerabilidad (nuevo ap. 7 del artículo 439 LEC)⁽¹⁶⁾. Esta

(16) Adviértase que la redacción dada por la Ley 12/2023 a los preceptos de la LEC en los que se establecen los requisitos de procedibilidad o de admisibilidad de las demandas de recuperación de la posesión (nuevos aps. 6 y 7 del art. 439 LEC), en el caso del *desahucio exprés de okupas* obliga al demandante, propietario o poseedor legítimo de la vivienda ocupada, a identificar a los *okupas* demandados, de modo que la posibilidad –facilidad procesal para el actor– de dirigir la demanda en ese caso contra «los desconocidos ocupantes» de la vivienda, que hemos visto que dispuso la Ley 5/2018, desaparecería

exigencia también ha sido declarada inconstitucional por la referida *STC 26/2025, de 29 de enero*, por las mismas razones que hemos visto que llevan al TC a apreciar la inconstitucionalidad del ap. 6.c) del propio artículo 439 de la LEC: el trámite obligatorio de intermediación o conciliación previo a la presentación de la demanda de desahucio por un gran tenedor de viviendas, incorporado a la LEC por la DF. 5.^a-2 de la LDV, tampoco cumple las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción, desde un canon de proporcionalidad⁽¹⁷⁾.

Además, la reciente *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, tras establecer como requisito imprescindible para poder acudir a los tribunales, con carácter general, el haber intentado sin éxito una solución negociada mediante alguno de los llamados «medios adecuados de solución de controversias» (abreviadamente, MASC), prevé, no obstante, que no se exigirá esa actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad para la iniciación de determinados procesos, entre los que menciona expresamente los que versen sobre «la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute» (ap. 2.e del art. 5 de la Ley Orgánica 1/2025). Así pues, por lo que se refiere a los juicios verbales del núm. 4.º del artículo 250.1 de la LEC, aunque la *STC 26/2025, de 29 de enero*, no hubiera declarado la inconstitucionalidad de lo previsto en el ap. 7 del artículo 439 de la LEC, en virtud del citado precepto de la Ley Orgánica 1/2025 el resultado sería el mismo en ese supuesto: para poder interponer una demanda de retener o recobrar la posesión y, en el caso concreto que nos interesa aquí, de recuperación inmediata de la plena posesión de una vivienda ocupada ilegalmente, no es preciso que el propietario o poseedor legítimo de la misma intente antes llegar a una solución pactada con el *okupa*. El legislador viene a reconocer así que hay conflictos jurídicos en los que no tiene sentido alguno, puesto que no serviría sino para demorar todavía más la resolución de los mismos, establecer como requisito de procedibilidad la obligación de someterse las partes enfrentadas a cualquier tipo de actividad negociadora reconocida legalmente (a un MASC) antes de acudir a la Administración de Justicia.

de facto en tales circunstancias o, al menos, se vería muy dificultada. Sobre esta cuestión, *vid.* GARCÍA PAZ, D. *La viabilidad de la acción civil de desahucio frente a ignorados ocupantes: una inversión, de hecho, de la carga de la prueba*, junio de 2023, documento en formato pdf accesible en línea: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=GARC%C3%8DA+PAZ%2C+D.+La+viabilidad+de+la+acci%C3%B3n+civil+de+desahucio+frente+a+ignorados+ocupantes%3A+una+inversi%C3%B3n%2C+de+hecho%2C+de+la+carga+de+la+prueba%2C+>

(17) «... debe declararse también inconstitucional y nulo lo dispuesto en el artículo 439.7 LEC, añadido por la disposición final quinta de la Ley 12/2023. Ello porque lo previsto en este apartado se vincula inescindiblemente, entre otras cosas, a la constatación de la situación de vulnerabilidad económica de la parte demandada conforme a lo previsto en el apartado [6 del mismo artículo de la LEC] que acaba de declararse inconstitucional» (ap. C.d. de los Fundamentos Jurídicos de la *STC 26/2025, de 29 de enero*).

– Y en la extensión a todos los desahucios (casos del art. 250.1, núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º LEC), incluido ahora, pues, el *desahucio exprés de okupas*, de la posibilidad de suspender el proceso ante una situación de vulnerabilidad del demandado, previa valoración del caso concreto, incrementándose, además, los plazos de suspensión (artículo 441, aps. 5, 6 y 7 LEC, el ap. 5 modificado y los aps. 6 y 7 añadidos por la LDV).

Por lo que se refiere a la suspensión extraordinaria y temporal del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional, prevista en el RDL 11/2020, la LDV, en un principio (texto original de su disposición transitoria 3.ª), mantuvo para esta suspensión la misma prórroga que se había establecido mediante la modificación de dicho Real Decreto-ley por el RDL 20/2022: hasta el 30 de junio de 2023, como hemos visto (nota núm. 14). Ahora bien, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que –entre otras cosas– se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania y de apoyo a ciertas situaciones de vulnerabilidad, modificó, a través de su disposición adicional 5.ª, esa referencia temporal de la LDV en el sentido de que «se entenderá hecha al 31 de diciembre de 2023» (véase asimismo el artículo 168 del citado RDL 5/2023) ⁽¹⁸⁾.

2.6 No obligatoriedad de acudir a este procedimiento en caso de ocupación ilegal de una vivienda

Como se ha señalado ⁽¹⁹⁾, la afirmación realizada por el legislador de la Ley 5/2018, en el Preámbulo de la misma, sobre el desahucio por precario, en el sentido de que en los supuestos de ocupación ilegal de inmuebles no existe precario ⁽²⁰⁾, hizo que rápidamente surgiera entre los profesionales del

(18) Téngase en cuenta que con posterioridad el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, volvió a modificar el RDL 11/2020 y a prorrogar otra vez, en esta ocasión hasta el 31 de diciembre de 2024, la suspensión extraordinaria de los desahucios y lanzamientos en el supuesto –entre otros– del núm. 4.º del artículo 250.1 de la LEC, para personas que estuvieran en la referida situación de vulnerabilidad económica sin alternativa habitacional (art. 87.2 de dicho RDL 8/2023); y que el reciente Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes para –entre otras finalidades– hacer frente a situaciones de vulnerabilidad, ha extendido esa suspensión extraordinaria del lanzamiento hasta el 31 de diciembre de 2025, de modo que la referencia temporal efectuada en la disposición transitoria 3.ª de la LDV debe entenderse hecha ahora mismo a esta última fecha (arts. 72.2 y 73 de dicho RDL 1/2025).

(19) LÓPEZ-DÁVILA AGÜEROS, F. *¿Inadecuación de procedimiento por no acudir al proceso especial del artículo 250.1.4 LEC en caso de ocupación ilegal de una vivienda?*, en blog Sepín, Inmobiliario, 22 de octubre de 2020.

(20) «El cauce conocido como *desahucio por precario* plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el

Derecho la duda de si, siempre y cuando se diesen los requisitos legalmente establecidos en el párr. 2.º del artículo 250.1.4.º LEC, era obligatorio acudir al nuevo procedimiento de *desahucio exprés de okupas* o si, por el contrario, el propietario afectado por esta ocupación tenía la libertad de elegir el cauce procesal que considerase más oportuno, ya fuese ese nuevo procedimiento u otro de los ya existentes con anterioridad, como podía ser el mencionado juicio de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC) o el procedimiento para la efectividad de derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC).

Cuando comenzó a aplicarse la Ley 5/2018, muchos de los abogados que defendían a *okupas*, con base en esa afirmación del Preámbulo de la citada Ley, optaron por la primera solución (esto es, que en el supuesto de ocupación ilegal de una vivienda o parte de ella era obligatorio acudir al procedimiento del art. 250.1.4.º, párr. 2.º LEC, siempre se dieran los requisitos establecidos en este precepto), de modo que cuando se iniciaba contra sus clientes un juicio desahucio por precario oponían, al contestar a la demanda, la excepción de inadecuación del procedimiento. Las Audiencias Provinciales, sin embargo, se inclinaron desde el principio por la segunda solución, es decir, consideraron que, aunque se trate de un caso de ocupación ilegal de una vivienda y concurren los demás requisitos previstos en el párr. 2.º del artículo 250.1.4.º LEC, esto no implica la obligatoriedad para el actor de seguir este cauce procesal, siendo perfectamente válido el ejercicio de la acción de desahucio por precario o de cualquier otra que permita la recuperación de la vivienda ocupada y, en consecuencia, sin que sea admisible en tal caso la referida excepción cuando el actor acuda a uno de esos otros instrumentos procesales⁽²¹⁾.

Eso explica que, ante los diversos inconvenientes que ya hemos apuntado que tiene el procedimiento de *desahucio exprés de okupas*, los propietarios de viviendas ocupadas ilegalmente prefieran a menudo seguir el cauce del juicio –también verbal, pero plenario– de desahucio por precario (art. 250.1, núm. 2.º LEC), que de este modo es –ha seguido siendo en los últimos años, pese a existir desde 2018 un cauce específico para ello– el proceso civil más utilizado en la práctica para recuperar la posesión de inmuebles, como señala la doctrina⁽²²⁾.

propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante» (párr. 11.º del Preámbulo de la Ley 5/2018).

(21) Así, por ejemplo, la *SAP Tarragona* (Sec. 3.ª) 254/2019, de 23 de julio, declaró en ese sentido que «El hecho de que estemos ante una ocupación por la vía de hecho, tras la reforma [por la Ley 5/2018] del artículo 250.1.4 LEC, no implica la obligatoriedad de acudir a dicho proceso, sin que exista inadecuación de procedimiento por ejercitar el desahucio por precario». *Vid.* en el mismo sentido y entre otras, *SAP Madrid*, Sec. 10.ª, 494/2019, de 17 de octubre; *SAP Barcelona*, Sec. 4.ª, 1169/2019, de 18 de diciembre; y *SAP Barcelona*, Sec. 4.ª, 462/2020, de 9 de junio. Esta jurisprudencia, que sepamos, se ha mantenido por las AAPP a lo largo de los años posteriores.

(22) *Vid.* así, por todos, CODÓN ALAMEDA, A., *Ocupaciones ilegales...*, cit., p. 127, entre otras en este sentido.

3. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REGULACIÓN ACTUAL DE ESTE JUICIO VERBAL. ALGUNAS PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA* PARA TRATAR DE SOLUCIONARLOS

3.1 Limitación del objeto (sólo cierta clase de inmuebles)

Como se apuntó anteriormente, el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* sólo puede tener por objeto la recuperación inmediata de la plena posesión de cierta clase de bienes inmuebles: *viviendas o partes de ellas* (art. 250.1.4.º, párr. 2.º y concordantes de la LEC). Todas las demás clases de inmuebles (locales comerciales, naves industriales, solares...), quedan, por tanto, excluidos del ámbito objetivo de aplicación de este procedimiento; en consecuencia, los propietarios o poseedores legítimos por otro título (arrendamiento, usufructo...) de estos otros inmuebles, en el caso de que los mismos sean ocupados ilegalmente, se verán abocados a acudir a otros cauces procesales, menos expeditivos, para recuperar la posesión (entre ellos y particularmente, el proceso para la tutela sumaria de la posesión del párr. 1.º del mismo art. 250.1.4.º LEC o el proceso sobre protección de derechos reales inscritos del art. 250.1.7.º LEC).

¿A qué obedece la exclusión de estos otros inmuebles, distintos a viviendas o partes de ellas, del ámbito objetivo del *desahucio exprés de okupas*? El legislador de la Ley 5/2018 no da, en el Preámbulo de la misma, ninguna respuesta este interrogante; simplemente, parece dar por sentado que el problema de la ocupación ilegal en España se circunscribe a las viviendas, cuando, en realidad no es así. Porque, aunque ciertamente son mucho más numerosos los casos de ocupaciones ilegales de viviendas, no es infrecuente leer en la prensa noticias de *okupaciones* de locales comerciales o naves industriales⁽²³⁾; y los perjuicios que la prolongación en el tiempo de estas ocupaciones ilegales de locales o naves pueden ocasionar a sus titulares legítimos –pérdida de ingresos, daños causados en el interior y exterior del inmueble que exigirán costosas reparaciones, etc.– son tan graves como los que sufren los legítimos poseedores de viviendas (piénsese, por ejemplo, en el caso del dueño o arrendador de un local comercial que no pueda explotar su negocio durante uno o dos años, a causa de la *okupación* de ese local, lo que afectará significativamente a su situación financiera). Además, las mismas razones que aduce el legislador, en el Preámbulo de la Ley 5/2018, para

(23) Sirva como botón de muestra esta noticia, publicada recientemente en el Periódico de Barcelona: «La Marina del Port sufre la continua ocupación de locales vacíos». Accesible online:

<https://www.elperiodico.com/es/barcelona/20180930/marina-port-sufre-continua-okupacion-locales-vacios-7060488>

sustentar la necesidad de poner a disposición de los propietarios o poseedores legítimos de viviendas ocupadas ilegalmente un instrumento procesal ágil que posibilite su recuperación inmediata (básicamente, que tanto el desahucio por precario *ex art.* 250.1.2.º LEC como la tutela sumaria de la posesión *ex art.* 250.1.4.º, párr. 1.º LEC y la tutela de los derechos reales inscritos *ex art.* 250.1.7.º LEC son mecanismos legales que presentan limitaciones o ineficiencias como respuesta al fenómeno de la ocupación ilegal), sirven perfectamente también para el supuesto de la *okupación* de locales comerciales o naves industriales.

Por todo ello, creo que sería muy conveniente, de *lege ferenda*, reformar cuanto antes la LEC –la redacción del párr. 2.º del artículo 250.1.4.º LEC– para incluir en ella los casos, al menos, de locales comerciales y naves industriales ocupados ilegalmente. Y, en este sentido, considero un desacierto que no se aproveche la ocasión que brinda la *Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios (124/000003)*, que se está tramitando en las Cortes Generales⁽²⁴⁾, para acabar con esta injustificada limitación que tiene actualmente el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* en lo relativo a su objeto o ámbito objetivo de aplicación⁽²⁵⁾.

En cambio, la reciente *Proposición de Ley Orgánica de medidas urgentes para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles (122/000150)*, que el Pleno del Congreso de los Diputados tomó en con-

(24) Publicada en BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 64-1, de 23/02/2024.

El texto íntegro de dicha Proposición de Ley del Senado (concretamente, del Grupo Parlamentario Popular de la Cámara Alta), que en este momento se halla en la Comisión de Justicia del Congreso (en plazo para enmiendas, que ha sido objeto de numerosas ampliaciones, la última por ahora hasta el 21/05/2025) puede consultarse online:

[https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XV&_publicaciones_id_texto=\(BOCG-15-B-64-1.CODI.\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-15-B-64-1.CODI.))

(25) El artículo 5.2 de dicha Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado mantiene la redacción en este punto del artículo 250.1.4.º, párr. 2.º LEC: «Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, ...».

No obstante, respecto de los locales ubicados en comunidades de propietarios que estén ocupados ilegalmente y cuyos *okupas* desarrollen en ellos o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos (siempre que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas), esta Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal prevé, a fin de preservar la convivencia vecinal, la posibilidad de que el Presidente de la comunidad, previa autorización de la Junta de propietarios, pueda entablar contra el *okupa* u *okupas* del local que persistan en la realización de actividades prohibidas una acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por ella, se sustanciará a través del juicio ordinario regulado en los artículos 399 y ss. de la LEC, y que, de terminar con una sentencia estimatoria, se dispondrá en ella el lanzamiento inmediato de los *okupas* y la indemnización de daños y perjuicios que proceda (véase, en este sentido, el artículo 6 de la referida Proposición de Ley Orgánica, precepto titulado «Respeto al régimen interior de la comunidad de propietarios y normas de convivencia vecinal» y a través del cual se modifican varios artículos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal).

sideración el 18 de marzo de 2025⁽²⁶⁾, prevé en su artículo 4.1 la modificación del artículo 250.1.4.º de la LEC, cuyo párrafo segundo quedaría redactado de la siguiente manera por lo que se refiere al objeto de este juicio verbal: «Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de un bien inmueble, ...»; se sustituye, pues, la expresión actual *vivienda o parte de ella* por la de *bien inmueble*, lo que es, en mi opinión, un gran acierto por las razones antes expuestas.

3.2 Limitación de la legitimación activa (sólo ciertas clases de poseedores de viviendas)

En el *desahucio exprés de okupas*, la legitimación activa o condición de «parte legítima» en el lado activo del proceso (quién debe pedir esta concreta tutela jurisdiccional) solamente se reconoce por la ley, como también se apuntó, a ciertas clases de poseedores de viviendas que se hayan visto privados de ellas sin su consentimiento: la acción para su inmediata recuperación, en efecto, deberá ejercitarse por el propietario o poseedor legítimo que sea, bien una *persona física*, bien una *persona jurídica sin ánimo de lucro* o bien una *entidad pública que gestiona viviendas sociales* (art. 250.1.4.º, párr. 2.º y concordantes de la LEC). Así pues, todos los demás poseedores de viviendas ocupadas ilegalmente que no estén comprendidos en las categorías anteriores (especialmente, las personas jurídicas con ánimo de lucro, que a menudo son grandes tenedoras de viviendas: bancos, inmobiliarias, fondos de inversión, etc.⁽²⁷⁾) quedan excluidos, por lo que no podrán acogerse a esta modalidad de tutela jurisdiccional sumaria y particularmente expeditiva que incorporó a la LEC la Ley 5/2018, debiendo acudir a otros instrumentos procesales menos ágiles para recuperar la plena posesión (especialmente, al proceso

(26) Publicada en BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 173-1, de 31/01/2025.

Dicha Proposición de Ley, de la que es autor el Grupo Parlamentario Junts per Catalunya del Congreso, superó el debate de toma en consideración con un amplísimo apoyo de la Cámara Baja (300 votos a favor y sólo 44 en contra), de modo que es previsible que logre culminar con éxito su tramitación parlamentaria (a diferencia de la Proposición de Ley contra la ocupación ilegal del Grupo Parlamentario Popular, que desde mediados de marzo de 2024 está varada en la Comisión de Justicia del Congreso, por falta del apoyo necesario para continuar su tramitación).

(27) No se olvide que los bancos y los fondos de inversión suelen ser titulares de una gran cantidad de viviendas y que es frecuente que buena parte de ellas pasen muchos meses deshabitadas y sin uso aparente, a la espera de ser vendidas o alquiladas, por lo que estas entidades se ven afectadas seriamente por el problema de la ocupación ilegal. *Vid.*, en este sentido, la noticia publicada el 6 de febrero de 2023 en el periódico El País:

<https://elpais.com/espana/catalunya/2023-02-06/fondos-de-inversion-pagan-ayudas-de-miles-de-euros-a-ocupas-para-que-abandonen-las-viviendas.html>

sobre protección de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad previsto en el art. 250.1.7.º LEC).

De nuevo, el legislador de la Ley 5/2018, en el Preámbulo de la misma, no nos ofrece la menor explicación sobre este punto, limitándose a señalar que «conviene articular mecanismos legales ágiles en la vía civil que permitan la defensa de los derechos de titulares legítimos que se ven privados ilegalmente y sin su consentimiento de la posesión de su vivienda, cuando se trata de personas físicas, entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla o entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social». Pero ¿por qué únicamente en estos casos, tratándose de estas concretas personas y entidades? ¿Acaso para las demás titulares legítimas de viviendas es sencillo en la vía civil recuperarlas con agilidad cuando están ocupadas ilegalmente? Ninguna explicación, repito, acerca de cuál es la *ratio legis* de la referida limitación de la legitimación activa que existe en este proceso.

Como se ha dicho –y estoy completamente de acuerdo–, supone una discriminación injustificable que el procedimiento que nos ocupa se circunscriba, desde el punto de vista subjetivo, a las personas y entidades mencionadas en el párr. 2.º del artículo 250.1.4.º de la LEC. «No tiene sentido que las personas jurídicas [sic. con ánimo de lucro], por el mero hecho de serlo, carezcan de las ventajas procedimentales que se conceden [sic. en el citado precepto], como si todas aquellas tuvieran que ser bancos o los mal llamados *fondos buitres*, que, en cualquier caso, ni los primeros ni los segundos tienen por qué verse privados» de tales ventajas. Además, es muy peligroso y, en consecuencia, «resulta totalmente censurable el efecto llamada que esta regulación puede provocar, máxime en los *movimientos okupas*, perfectamente organizados, que no dudan en consultar previamente la titularidad registral de los inmuebles»⁽²⁸⁾. Una ocupación es ilegal con independencia de quién sea el propietario de la vivienda, por lo que la respuesta legal frente a ella debería ser la misma para todos los afectados; pero, incomprensiblemente, el legislador parece estar propiciando las ocupaciones de viviendas que sufren algunos tipos de propietarios (bancos y fondos de inversión, sobre todo), al obligarles a acudir para recuperarlas a cauces procesales más lentos e ineficientes.

Con buen criterio, la ya citada *Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal*, de 23 de febrero de 2024, pone fin a esta injustificable discriminación que impide ahora a las entidades con ánimo de lucro ejercitar la acción de *desahucio exprés de okupas*. En efecto, el artículo 5 («Medidas procesales de mejora de la

(28) ASÍ, TORRES, A. *¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los Okupas en España?*, cit.

protección»), ap. 2 de dicha Proposición de Ley Orgánica modifica el artículo 250.1.4.º de la LEC, de modo que el párrafo 2.º de este precepto pasará a tener la siguiente redacción: «Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de la misma sin su consentimiento, las *personas físicas o jurídicas que sean propietarias o poseedoras legítimas por otro título*» (las cursivas son mías)⁽²⁹⁾. Así pues, de prosperar esta modificación, todas las personas jurídicas, sin distinción alguna (incluidas las entidades privadas que son grandes tenedoras de viviendas, al margen de que conciten más o menos simpatías), estarán activamente legitimadas para pedir, a través del cauce procesal del párr. 2.º del artículo 250.1.4.º LEC, la recuperación inmediata de la plena posesión de una vivienda ocupada ilegalmente; una reforma legal que, a mi juicio, sin duda resultaría muy positiva por los motivos aducidos por la propia Proposición de Ley Orgánica de 23 de febrero de 2024⁽³⁰⁾.

3.3 Reformas operadas por la Ley de vivienda de 2023 en los procedimientos de desahucio, que complican y retrasan la recuperación de la posesión de viviendas ocupadas

Aunque en teoría el juicio verbal del artículo 250.1.4.º, párr. 2.º LEC se configura, como hemos visto, como una tutela sumaria (rápida) y, además, particularmente expeditiva (este procedimiento puede finalizar con un auto del tribunal que ordena la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, dictado tras la sustanciación de un breve incidente), lo cierto es que en la práctica, como también hemos visto, la duración media de los juicios verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas es muy grande (10,9 meses en el año 2022 y 12,0 meses en el año 2023, sólo en la

(29) La Exposición de Motivos, ap. II, párr. 2.º de esta Proposición de Ley Orgánica justifica así la referida modificación del artículo 250.1.4.º LEC: «Estas mejoras (sic. en la protección jurídica frente a la ocupación ilegal de viviendas) se complementan con la extensión de legitimación en el artículo 250.1.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a las personas físicas y todas las personas jurídicas, pues la limitación actual no permite la misma protección de derechos idénticos y, además, ello contribuye a abrir espacios de impunidad que la delincuencia organizada está aprovechando con consecuencias graves para la convivencia en las comunidades de propietarios, además de la privación del disfrute del derecho a su legítimo titular, sin que pueda justificarse ese tratamiento diferenciado».

(30) La antes mencionada *Proposición de Ley Orgánica de medidas urgentes para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles*, de 31 de enero de 2025, por el contrario, mantiene la limitación actual de la legitimación activa para pedir la recuperación inmediata de la posesión de una vivienda ocupada ilegalmente. Sorprende que esta Proposición de Ley, que contiene diversas propuestas de mejora de los procedimientos regulados en el artículo 250.1.4.º LEC (a mi juicio, todas ellas muy atinadas), no incluya entre tales propuestas la extensión de la legitimación para el ejercicio de la modalidad del interdicto de recobrar prevista en el párr. 2.º de este artículo de la LEC.

primera instancia), de manera que el desalojo de los *okupas* por orden judicial se demora excesivamente en el ámbito civil. Pues bien, la LDV de 2023 introdujo en este procedimiento –y en los otros que pueden conllevar también el lanzamiento del demandado del inmueble que ocupa– algunas medidas en favor de las personas vulnerables, que hemos apuntado ya, que agravaban el problema, esto es, que *de facto* terminaban de eliminar la celeridad que debería caracterizarlo, al constituir tales medidas importantes obstáculos procesales al desalojo de los *okupas*. A continuación, vamos a exponerlas con el detenimiento que merecen, obviando lógicamente aquellas que la reciente *Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 26/2025, de 29 de enero de 2025*, ya citada, ha declarado inconstitucionales, al representar impedimentos desproporcionados y, por tanto, inaceptables para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción⁽³¹⁾.

3.3.1 *Nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para la admisión a trámite de la demanda*

§ 1. El ap. 6 del artículo 439 de la LEC, añadido por la DF. 5.^a-2 de la LDV, establece unos nuevos requisitos, tanto de contenido como de aportación de documentos, para la admisión a trámite de las demandas de *desahucio* (en sentido amplio) en los casos del artículo 250.1, núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º de la LEC⁽³²⁾, quedando comprendidas, por tanto, las demandas de juicio verbal para el *desahucio exprés de okupas*. Concretamente, el mencionado precepto dispone en la actualidad (tras declararse su inconstitucionalidad parcial por la tan citada *STC 26/2025, de 29 de enero*) que en tales casos no se admitirán las demandas que pretendan la recupera-

(31) Recuérdesse que, en lo que aquí interesa, la citada *STC 26/2025, de 29 de enero*, declara inconstitucionales y nulos, por vulnerar el artículo 24.1 CE, de un lado, el requisito de admisibilidad de la demanda consistente en especificar en la misma si la parte demandada se encontraba o no en situación de vulnerabilidad económica (siempre y cuando el inmueble objeto de la demanda constituyera la vivienda habitual de la persona ocupante y la parte demandante tuviese la condición de gran tenedora), que preveía la letra c) del ap. 6 del artículo 439 LEC, y de otro, el trámite obligatorio de intermediación o conciliación previo a la presentación de la demanda de desahucio por un gran tenedor (siempre y cuando el inmueble objeto de la demanda constituyera la vivienda habitual del demandado y éste se encontrase en situación de vulnerabilidad económica), que preveía el ap. 7 del artículo 439 LEC, ambos preceptos añadidos a la LEC por la DF 5.^a de la LDV (*vid. supra*, ap. 2.5, §2 de este capítulo).

(32) Es decir, exigencias que deberá cumplir la demanda en los juicios verbales en los que se pretenda la recuperación de la posesión de una finca por impago de rentas u otras cantidades debidas o por terminación del período del arrendamiento (núm. 1.º del artículo 250.1 LEC), por precario (núm. 2.º del artículo 250.1 LEC), por perturbación o despojo no consentido ni tolerado (núm. 4.º del artículo 250.1 LEC) o por oposición a la efectividad de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad sin disponer de título para ello (núm. 7.º del artículo 250.1 LEC), de manera que a estos efectos se tratan exactamente igual todas las situaciones de ilegítima tenencia de un inmueble, ya existiera o no un título jurídico previo (un contrato de arrendamiento, por ejemplo), lo que no me parece lógico.

ción de la posesión de una finca en las que no se especifiquen y acrediten, por todo propietario o poseedor legítimo por otro título que quiera desahuciar o desalojar a un ocupante, las dos circunstancias siguientes:

a) Si el inmueble objeto de la demanda constituye o no la «vivienda habitual» de la persona ocupante, o lo que es lo mismo, el domicilio permanente de esta persona (artículo 3.i LDV⁽³³⁾). Nótese que es el propietario demandante quien ha de alegar y probar esto, en vez del ocupante demandado para defenderse de la reclamación de aquél, que sería lo más lógico (y conforme con las reglas generales sobre distribución entre las partes de la carga de la prueba del artículo 217 LEC).

A priori, esta circunstancia podría acreditarse por la actora con relativa facilidad: bastaría que aportase con la demanda de desahucio, entre los documentos relativos al fondo del asunto (artículo 265.1 LEC), una certificación –original o copia fehaciente– del padrón municipal de la persona ocupante de la vivienda en cuestión⁽³⁴⁾. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, en general, un certificado de empadronamiento sólo puede pedirlo –ya sea de forma presencial o electrónica– el propio interesado, por lo que si por cualquier razón quien lo pide es un tercero (en este caso, el propietario del inmueble objeto de la demanda), éste deberá haber sido autorizado para ello, es decir, mostrar una carta de autorización firmada por el ocupante del inmueble y una copia de su DNI⁽³⁵⁾. Pero, como es evidente, un *okupa* –que muy probablemente no tiene relación alguna con el propietario, y de tenerla no será precisamente buena– nunca le facilitará dicha documentación al actor que quiere echarle de la vivienda, por lo que a éste no le resultará fácil probar esta circunstancia. Así pues, creo que en este caso al actor le debería ser suficiente justificar en la demanda que ha intentado obtener la documentación en cuestión (carta de autorización firmada por el ocupante y copia de su DNI) y que ha habido una negativa del demandado a facilitársela, con un suplico al juzgado para

(33) Efectivamente, según el citado precepto de la LDV y a los efectos de lo establecido en ella, residencia o *vivienda habitual* es «la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en Derecho».

(34) Los datos del Padrón Municipal (el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio) constituyen prueba de la residencia de una persona en el municipio y del domicilio habitual en el mismo; las certificaciones que se expidan de dichos datos tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos (art. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local).

(35) Así se indica, por ejemplo, en la página web de mi municipio (Calviá, Mallorca, Islas Baleares): <https://seuelectronica.calvia.com/opensiac/action/tramitesinfo?method=enter&id=362>. También, en la web de Fotocasa, uno de los principales portales inmobiliarios de España: <https://www.fotocasa.es/fotocasa-life/hogar/todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-el-certificado-de-empadronamiento/>

que –en el transcurso del proceso– requiera al Ayuntamiento que aporte la correspondiente certificación del padrón.

Por lo demás, este requisito de admisibilidad de la demanda previsto en la letra a) del artículo 439.6 de la LEC tiene una estrecha relación con lo que establece el ap. 5 del artículo 441 de la propia LEC (modificado por la DF. 5.ª-4 de la LDV). En efecto, prevé este último precepto que en los casos de los núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la LEC, siendo el inmueble objeto del litigio la vivienda habitual de la parte demandada, se informará a ésta, en el decreto de admisión a trámite de la demanda, de la posibilidad de acudir a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a efectos de que puedan apreciar su posible situación de vulnerabilidad. Asimismo, prevé el referido precepto que, sin perjuicio de lo anterior, el tribunal, de forma inmediata y de oficio, comunicará a tales administraciones públicas la existencia del procedimiento a fin de que puedan verificar dicha situación de vulnerabilidad y, de existir ésta, presentar al tribunal propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social y propuesta de medidas de atención inmediata, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada.

b) Si concurre o no en la parte demandante la condición de «gran tenedora» de viviendas, en los términos que establece el artículo 3.k) de la LDV, donde se viene a decir que, con carácter general, gran tenedora es la persona que es titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o de una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial⁽³⁶⁾.

En el caso de que la actora indique que no es gran tenedora, deberá adjuntar a la demanda de desahucio, a efectos de corroborar tal extremo, una certificación del Registro de la Propiedad en la que consten todas las propiedades a su nombre (esta certificación, que tiene la consideración y el valor probatorio de un documento público, se denomina «Certificación de localización de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda» y puede solicitarse online en la Sede Electrónica de los Registradores de España⁽³⁷⁾). Se ha criticado, con razón, el planteamiento que hace la LDV de

(36) Lo que establece exactamente el citado precepto de la LDV es que, a los efectos de lo previsto en esta ley, *gran tenedor* es «la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa».

(37) Más información sobre esta Certificación y el acceso a la solicitud en:
<https://sede.registradores.org/sede/sede-corpme-web/registro-de-la-propiedad/publicidad/certificaciones/certificacion-ley-derecho-vivienda>

esta cuestión: «Hay una suerte de presunción de que el demandante es un gran tenedor, teniendo la carga de la prueba de que no lo es aportando certificación del Registro de la Propiedad en la que consten los bienes de los que es titular. Por lo tanto, el propietario usurpado tiene que incurrir en costes para acreditar que no es un gran tenedor»⁽³⁸⁾.

A mi modo de ver, este requisito de admisibilidad de la demanda previsto en la letra b) del artículo 439.6 de la LEC, tras la anulación por el TC, en su reciente Sentencia de 29 de enero de 2025, del que se preveía en la letra c) del mismo artículo (y que exigía que, siendo el inmueble objeto de la controversia la vivienda habitual del demandado y teniendo el demandante la condición de gran tenedor de viviendas, éste especificara en su demanda, además, si el demandado se encontraba o no en situación de vulnerabilidad económica), no tiene ahora trascendencia alguna, por lo que su mantenimiento carece de sentido: ¿Qué efectos legales produce que la actora reconozca tener la referida condición de gran tenedora? Salvo error u omisión por mi parte, ninguno actualmente, porque, aunque la actora admita tal cosa, ya no tendrá que acreditar la situación de vulnerabilidad económica de la demandada, al haber sido declarada inconstitucional esta última exigencia.

§ 2. La aludida *Proposición de Ley Orgánica de medidas urgentes para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles*, de 31 de enero de 2025, partiendo de la base de que es preciso diferenciar el régimen jurídico-procesal de los procedimientos dirigidos a recuperar la posesión de inmuebles ocupados ilegalmente, previstos en el artículo 250.1.4.º de la LEC, del aplicable al resto de procedimientos de recuperación de la posesión, plantea la necesidad de eliminar en aquellos procedimientos – los juicios verbales de recobrar la posesión– los requisitos de admisibilidad de la demanda establecidos en el ap. 6 del artículo 439 de la LEC, que actualmente imponen a la parte actora condiciones adicionales que complican la interposición de su demanda para recurrar la posesión de inmuebles ocupados sin título legítimo⁽³⁹⁾. Estoy completamente de acuerdo con este planteamiento; como he apuntado antes, en la misma línea que la referida Proposición de Ley, creo que no es lógico tratar exactamente igual, a efectos procesales, todas las situaciones de ilegítima tenencia de un inmueble, esto es, con independencia de que exista o no un título jurídico previo: cuando una ocupación es ilegal, sin título alguno que la legitime, como sucede en el caso del párr. 2.º del artículo 250.1.4.º de la LEC, la

(38) Así, CUENA CASAS, M., *¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda?* (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda), cit.

(39) *Vid.*, en ese sentido, la Exposición de Motivos (párr. 12 y ss.) y el artículo 4.2 de dicha Proposición de Ley Orgánica de 31 de enero de 2025, de la que es autor el Grupo Parlamentario Junts per Catalunya.

no exigencia de las condiciones de admisibilidad expresadas en las letras a) y b) del artículo 439.6 de la LEC sería lo más razonable.

3.3.2 *Extensión a todos los desahucios (incluido el exprés de okupas) de la posible suspensión del proceso ante una situación de vulnerabilidad del demandado, e incremento de los plazos de suspensión*

§ 1. Hasta su modificación por la LDV (DF. 5.^a-4), el ap. 5 del artículo 441 LEC preveía que en los supuestos del artículo 250.1, núm. 1.º LEC –esto es, juicios verbales de desahucio por impago de rentas u otras cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo del arriendo fijado contractual o legalmente–, admitida la demanda, se informará al demandando de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de que autorice la cesión de sus datos a éstos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad; y a los mismos efectos (valorar si el demandado se encuentra o no en situación de vulnerabilidad) se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. «En el caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado [por el desahucio arrendaticio] se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica –añadía dicho ap. 5 del artículo 441 LEC, antes de su reforma por la LDV–, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, *el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso [de desahucio arrendaticio] hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica.* Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo, se alzará la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano» (las cursivas son mías).

Así pues, la suspensión del proceso que preveía anteriormente el artículo 441.5 LEC era automática y por resolución (decreto) del Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ): éste suspendía el procedimiento de desahucio arrendaticio en cuanto el tribunal recibía la comunicación de los servicios sociales confirmando, tras la evaluación correspondiente, que la persona o familia afectada por el posible desahucio se encontraba en situación de vulnerabilidad social y/o económica. Y esta suspensión del proceso, además, se producía por el plazo máximo de 1

mes si el demandante era una persona física, o de 3 meses si el demandante era una persona jurídica; plazo durante el cual los servicios sociales podían adoptar las medidas que estimaran oportunas en favor de la persona o personas ocupantes de la finca objeto de la demanda.

§ 2. Ahora, con la modificación realizada en el ap. 5 del artículo 441 y la adición a este artículo de la LEC de dos apartados –los nuevos aps. 6 y 7– por la DF. 5.^a-4 de la LDV, la situación ha cambiado de forma muy notable, en varios puntos. En efecto:

a) Ante todo, se ha ampliado sustancialmente el ámbito de aplicación del incidente de suspensión ordinaria del desahucio por situación de vulnerabilidad económica del demandado, en el sentido de que este incidente se extiende ahora a todos los juicios verbales del artículo 250.1, núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º de la LEC susceptibles de provocar el lanzamiento del demandado de su vivienda habitual, incluido, pues, el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* previsto en el párr. 2.º del núm. 4.º de dicho artículo de la LEC (véase el modificado ap. 5 del artículo 441 LEC).

b) En segundo lugar, la suspensión del procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad ahora se acuerda por el Juez mediante auto (no por el LAJ mediante decreto⁽⁴⁰⁾), a la vista de la información recibida de las Administraciones Públicas competentes y de las alegaciones de las partes; además, esta suspensión no es automática, sino que el Juez tomará la decisión de suspender o no el proceso para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones Públicas previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos (véase el nuevo ap. 7 del art. 441 LEC, que añade que a estos efectos el Juez podrá tener en cuenta, en particular, los concretos parámetros de vulnerabilidad económica y social, fijados a partir de criterios objetivos, que se establecen en el párr. 2.º y ss. del mismo precepto⁽⁴¹⁾).

(40) Con una salvedad: recibida por el tribunal la comunicación de la Administración Pública competente confirmando que la persona o familia afectada por el desahucio se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, «el Letrado o Letrada de la Administración de Justicia dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días puedan instar lo que a su derecho convenga, procediendo a suspender la fecha prevista para la celebración de la vista o para el lanzamiento, de ser necesaria tal suspensión por la inmediatez de las fechas» (último párrafo del modificado ap. 5 del art. 441 LEC). Es decir, en caso de urgencia, por la proximidad de fecha señalada para la vista del juicio desahucio o para el lanzamiento, el LAJ suspenderá el proceso provisionalmente, a la espera de que el Juez resuelva la cuestión de forma definitiva.

(41) Los parámetros de vulnerabilidad económica contenidos en el artículo 441.7, párr. 2.º LEC están pensados para un juicio de desahucio por falta de pago; no sirven, pues, para un desahucio exprés de *okupas* (y lo normal es que los *okupas* sean personas vulnerables), por lo que entiendo en este caso el Juez tendrá que recurrir a otros parámetros, como, por ejemplo, los que prevé la

c) Finalmente, se incrementan considerablemente los plazos de suspensión del procedimiento de desahucio cuando exista vulnerabilidad, a fin de que las Administraciones Públicas competentes dispongan de más tiempo para adoptar las medidas propuestas (vivienda alternativa en alquiler social, ayudas económicas y subvenciones, etc.), pasando de 1 a 2 meses si la parte demandante es persona física, y de 3 a 4 meses si es persona jurídica (véase el nuevo ap. 6 del artículo 441 LEC)⁽⁴²⁾.

Recordemos, una vez más, que, aparte de esta suspensión ordinaria del procedimiento de desahucio en los supuestos de los núms. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 LEC por encontrarse el demandado en una situación de vulnerabilidad, prevista en el artículo 441 LEC, existe también la suspensión extraordinaria y temporal de este procedimiento y del lanzamiento, en los mismos supuestos, para las personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional, contemplada en el RDL 11/2020 y que, en principio, estaba previsto que durase hasta la finalización del estado de alarma por la pandemia de COVID-19 (8 de mayo de 2021), pero que ha sido objeto de varias prórrogas, extendiéndose la última –establecida por el reciente RDL 1/2025– hasta el 31 de diciembre de 2025⁽⁴³⁾.

En mi opinión, esta suspensión extraordinaria de los lanzamientos debería suprimirse en el caso de la ocupación ilegal de inmuebles, porque «la aplicación indiscriminada de esta medida en procedimientos de recuperación de la posesión sin título –como bien señala la Proposición de Ley Orgánica de 31

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en su artículo 3.1, para que pueda reconocerse a una persona física el derecho a esta asistencia (con carácter general, que sus ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos, no superen dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples, cuando se trate de persona no integrada en ninguna unidad familiar).

(42) En la tan citada *Proposición de Ley Orgánica de medidas urgentes para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles*, de 31 de enero de 2025, se plantea de nuevo y por los mismos motivos antes expuestos en relación con los requisitos de admisibilidad de la demanda establecidos en el artículo 439.6 LEC (esto es, que los supuestos de ocupaciones ilegales de inmuebles dispongan de un régimen procesal diferenciado del resto de procedimientos para recuperar la posesión, más adecuado y justo), la necesidad de suprimir el trámite incidental de vulnerabilidad económica previsto en los aps. 5, 6 y 7 del artículo 441 LEC en los juicios verbales a los que se refiere el núm. 4.º del artículo 250.1 LEC (*vid.*, en este sentido, el párr. 12 y ss. de la Exposición de Motivos, así como el artículo 4.4 de dicha Proposición de Ley Orgánica).

(43) Adviértase que esta suspensión extraordinaria de los desahucios y lanzamientos de vivienda habitual para personas y familias vulnerables y sus repetidas prórrogas (parte importante del llamado «escudo social» que el Gobierno puso en marcha en 2020), si sigue prorrogándose, podría llegar a ser contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre ocupaciones ilegales: efectivamente, en la *Sentencia TEDH de 13 de diciembre de 2018 (asunto Casa di Cura Valle Fiorita S. R. L. c. Italia; demanda núm. 67944/13)* el Tribunal de Estrasburgo concluye afirmando que la demora prolongada en la ejecución de una orden judicial de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, aun escudándose las autoridades italianas en consideraciones sociales (la imposibilidad de encontrar alojamiento alternativo para los ocupantes debido a la falta de recursos) y en temores a perturbaciones del orden público, viola el derecho del titular legítimo del inmueble a un proceso justo (artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos-CEDH), así como su derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH).

de enero de 2025— se ha convertido en una herramienta que puede ser utilizada para dilatar injustificadamente los procesos. La protección a colectivos vulnerables que ocupen sin título se producirá con la notificación de estos procesos a las Administraciones públicas, *ex* artículo 150.4 LEC (...)»⁽⁴⁴⁾.

3.3.3 *Prohibición, en todos los desahucios, de los señalamientos de lanzamientos sin fecha y hora predeterminadas*

§ 1. La LDV (DF. 5.^a-3) añadió al artículo 440 LEC un ap. 5, en el que se prescribía que en todos los decretos del LAJ o resoluciones del Juez dictadas en todos los procedimientos de desahucio —incluido, pues, el *desahucio exprés de okupas*— que tuvieran por objeto «el señalamiento del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo». Este precepto es ahora, por obra del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, el párr. 2.º del nuevo ap. 6 del artículo 438.6 LEC, que tiene la misma redacción que tenía el ap. 5 del artículo 440 LEC⁽⁴⁵⁾.

Se prohíben, por tanto, los desahucios sin fecha y hora predeterminada para llevar a cabo el lanzamiento, algo que antes el tribunal omitía en ocasiones para evitar las movilizaciones que se producían con la finalidad de impedirlos (y que derivaban, en algunos casos, en disturbios en el inmueble en cuestión y sus alrededores). Está claro que la referida medida constituye un guiño del legislador de la LDV a las asociaciones y movimientos sociales antidesahucios. El asunto no tiene mayor trascendencia, aunque —eso sí— obligará a reforzar la seguridad de la comisión judicial y de las demás personas que intervengan en el acto del lanzamiento (el demandante o su procurador y un cerrajero), cuando el tribunal y/o el propietario sospechen que podrá haber problemas de orden público a la hora de proceder al mismo, solicitando que en tal caso también acuda la policía.

§ 2. Por lo demás, este precepto de la LEC ha de ponerse en relación con otro de la propia LEC que también ha sido modificado por la LDV, con-

(44) Así se subraya en la Exposición de Motivos, penúltimo párrafo, de dicha *Proposición de Ley Orgánica de 31 de enero de 2025, de medidas urgentes para hacer frente a la ocupación ilegal de inmuebles*; y, en ese sentido, el art. 2.1 de la misma elimina la referencia al núm. 4.º del artículo 250.1 LEC que se hace en la redacción actual del artículo 1bis del RDL 11/2020.

(45) Esta exigencia de que en todos los señalamientos de lanzamientos se exprese el día y la hora exacta en la que tendrán lugar, la LDV la estableció también para los lanzamientos que se lleven a cabo en el marco de las ejecuciones dinerarias (*vid.* artículo 675 LEC, modificado por la DF. 5.^a-7 LDV) y no dinerarias (*vid.* ap. 2 del artículo 704 LEC, modificado por la DF. 5.^a-9 LDV). Los citados preceptos de la LEC no fueron reformados por el RDL 6/2023.

cretamente por su DF. 5.^a-1: me refiero al ap. 4 del artículo 150 de la LEC (añadido por la Ley 5/2018), que, con respecto a la notificación de resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, elimina la necesidad del consentimiento de éstos en el traslado a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social para comprobar su situación de vulnerabilidad en los procedimientos de desahucio, por si procediera la actuación de dichas Administraciones (el Preámbulo de la LDV, ap. III, incluye esta medida entre los aspectos más destacables de la reforma que lleva a cabo en el procedimiento de desahucio que pueda afectar a personas vulnerables).

Acerca de esta y todas las demás comunicaciones a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social previstas legalmente, conviene recordar, de paso, lo que ya advirtió el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LDV: los numerosos plazos que se regulan para efectuar tales comunicaciones a las Administraciones Públicas, en todos los casos en que el desahucio pueda afectar a personas o familias vulnerables, determinarán, sin duda, amplias «dilaciones adicionales, tiempos muertos procesales fatalmente derivados de la propia mecánica de funcionamiento de nuestros tribunales, que pueden convertir aquel en un trámite muy lento y costoso...»⁽⁴⁶⁾.

BIBLIOGRAFÍA

- CODÓN ALAMEDA, A., *Ocupaciones ilegales: Soluciones penales y civiles*, Barcelona, 2023.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda*, de 27 de enero de 2022 (documento en formato pdf accesible en línea).
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con Moreno Catena, V.), Valencia, 2023.
- CUENA CASAS, M., *¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)*, en blog «Hay Derecho», 10 de julio de 2023.
- DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L., *Los arrendamientos en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*, en Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas, 5 de junio de 2023.
- ID. *¿Son válidas las cláusulas pactadas en los contratos de arrendamiento para prevenir la inquilokupación?*, en Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas, 19 de julio de 2023.

(46) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda*, cit., ap. VII: Conclusiones.

- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles de desahucio. Tras la reforma operada por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*, Barcelona, 2023.
- GARCÍA PAZ, D., *La viabilidad de la acción civil de desahucio frente a ignorados ocupantes: una inversión, de hecho, de la carga de la prueba*, junio de 2023 (documento en formato pdf accesible en línea).
- JUECES DE PRIMERA INSTANCIA DE BARCELONA, *Criterios orientadores aprobados por los Jueces de Primera Instancia de Barcelona, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*, Barcelona, 29 de junio de 2023 (documento en formato pdf accesible en línea).
- LÓPEZ-DÁVILA AGÜEROS, F., *¿Inadecuación de procedimiento por no acudir al proceso especial del artículo 250.1.4 LEC en caso de ocupación ilegal de una vivienda?*, en blog «Sepín», Inmobiliario, 22 de octubre de 2020.
- SÁNCHEZ-RIVERA, P., *Algunas cuestiones del juicio de desahucio a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*, en «La eficiencia de la Justicia a debate» (dir. Jiménez Conde, F. y López Simó, F.), Valencia, 2024, Capítulo XX.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas*, en Diario La Ley, núm. 9264, 21 de septiembre de 2018.
- TORRES, A., *¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los okupas en España?*, en blog «Sepín», Arrendamientos Urbanos, 14 de junio de 2018.
- VEGAS TORRES, J., *Ejercicio Profesional de la Abogacía* (Memento Práctico F. Lefebvre), Madrid, 2020, parágrafo 2999.

D. Remedios civiles frente a la ocupación de inmuebles (II): El juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos *

Jaime Vegas Torres

Catedrático de Derecho procesal

Universidad Rey Juan Carlos

jaime.vegas@urjc.es

Resumen: *El presente trabajo estudia la utilización del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos previsto en el artículo 250.1.7.º de la LEC como cauce procesal para reclamar la recuperación de viviendas ocupadas en casos de ocupación ilegal. Se justifica, con apoyo en la jurisprudencia, la idoneidad de este procedimiento para dichas reclamaciones y se analizan las características mas destacadas de este procedimiento (limitación de alegaciones, carencia de efectos de cosa juzgada, particularidades en materia de legitimación del demandante y de identificación de los demandados y exigencia de caución al demandado), poniéndolas en*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

relación con las particularidades que presentan las situaciones de ocupación ilegal de viviendas. Se analizan, finalmente, las previsiones legales sobre protección de personas en situación de vulnerabilidad económica o social que son aplicables en estos juicios verbales.

Palabras clave: *juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos, ocupación ilegal de viviendas.*

Abstract: *The present work examines the use of verbal proceedings for enforcing registered property rights as outlined in Article 250.1.7 of the Spanish Civil Procedure Law (LEC), as a procedural avenue for reclaiming occupied housing in cases of illegal occupation. With support from case law, the suitability of this procedure for such claims is justified, and the main characteristics of this procedure are analyzed (limitations on arguments, lack of res judicata effects, specific requirements for plaintiff standing and defendant identification, and the requirement for security from the defendant), relating them to the particularities of illegal housing occupation situations. Finally, the legal provisions regarding the protection of individuals in economically or socially vulnerable situations, which apply in these verbal proceedings, are analyzed.*

Keywords: *verbal proceedings for enforcing registered property rights, illegal property occupation.*

Sumario: 1. Idoneidad del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos para reclamar la tutela jurisdiccional frente a la ocupación ilegal de viviendas. 2. Sumariedad del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos: objeto limitado y carencia de cosa juzgada. 3. Legitimación activa del titular registral. 4. Identificación de los demandados: los ignorados ocupantes. 5. La exigencia de caución al demandado. 6. Aplicación de las previsiones legales para los casos de vulnerabilidad económica o social. Bibliografía.

1. IDONEIDAD DEL JUICIO VERBAL PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS PARA RECLAMAR LA TUTELA JURISDICCIONAL FRENTE A LA OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS

Hasta la Ley 5/2018, de 11 de junio, no existía en España ningún cauce procesal específicamente diseñado para dar respuesta a las necesidades de

tutela jurisdiccional de los sujetos perjudicados por la ocupación ilegal de viviendas. Antes de esta reforma legal la recuperación de viviendas ocupadas ilegalmente podía conseguirse, en vía jurisdiccional, a través del proceso penal por delitos de allanamiento de morada o de usurpación de inmuebles, o por medio del proceso civil. Las vías más utilizadas para reclamar ante los tribunales civiles eran el juicio verbal de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC), el juicio verbal de tutela sumaria de la tenencia o de la posesión (art. 250.1.4.º LEC) y el juicio verbal para demandar la efectividad de los derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC). Cuando se pretendía la recuperación de la vivienda por quien la había adquirido en una ejecución (hipotecaria u ordinaria), el desalojo de los ocupantes ilegales podía reclamarse también dentro del propio proceso de ejecución, conforme a lo establecido en los artículos 661 y 675 de la LEC.

La Ley 5/2018 seleccionó uno de los tres procedimientos más utilizados en vía civil, el juicio verbal de tutela sumaria de la posesión del ordinal 4.º del artículo 250.1 de la LEC, e introdujo en la regulación de este procedimiento algunas especialidades que se aplican en los casos en que lo que se reclame sea la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, por quienes se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, siempre que el reclamante sea la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, una entidad sin ánimo de lucro con derecho a poseerla o una entidad pública propietaria o poseedora legítima de vivienda social.

La reforma legal de 2018 no pretendía que el juicio verbal del artículo 250.1.4.º de la LEC, con las especialidades que la propia reforma introducía, se convirtiera en el único cauce procesal adecuado para las pretensiones de recuperación de las viviendas ocupadas ilegalmente, de manera que, a partir de entonces, el ejercicio de acciones con dicha finalidad en juicio de desahucio por precario o en juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos quedara excluido por inadecuación de procedimiento. La finalidad de la Ley 5/2018 no era esa, sino, exclusivamente, facilitar y agilizar la tutela jurisdiccional frente a las situaciones de ocupación ilegal de viviendas a determinados propietarios o poseedores legítimos: personas físicas, entidades sin ánimo de lucro y entidades públicas propietarias o poseedoras de vivienda social⁽¹⁾. Cuando el propietario o

(1) Como pone de manifiesto SCHUMANN BARRAGÁN, G., «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas», en *Diario La Ley*, núm. 9264, Sección Tribuna, 21 de septiembre de 2018, la regulación de la Ley 5/2018 «ha limitado el acceso a este nuevo proceso a ciertas personas cuyo derecho a poseer es considerado por el legislador merecedor de una especial protección jurisdiccional.»; ADAN DOMÉNECH, F., «Tratamiento procesal del proceso de ocupación ilegal de viviendas», en *Justicia*, año 2019, núm. 1, p. 142-143 considera que también pueden utilizar la vía especial del segundo párrafo del artículo 250.1.4.º LEC las comunidades de propiedad horizontal.

poseedor legítimo de la vivienda no se encuentre en alguno de esos casos (personas jurídicas privadas con ánimo de lucro, básicamente) no podrá reclamar la tutela jurisdiccional frente a la ocupación ilegal por la vía del reformado artículo 250.1.4.º de la LEC, pero no queda por ello privado de la tutela jurisdiccional, que podrá obtener a través de cualquiera de los procedimientos indicados, incluido el de tutela sumaria de la tenencia o posesión de la vivienda, aunque sin beneficiarse, en este caso, de las especialidades introducidas por la Ley 5/2018.

Por otro lado, la reforma de 2018 permite a los perjudicados por la ocupación ilegal de una vivienda que sean personas físicas o entidades privadas sin ánimo de lucro o públicas poseedoras de vivienda social reclamar judicialmente haciendo valer en su favor las especialidades introducidas por dicha reforma en el juicio verbal de tutela sumaria de la posesión, pero no impone, ni siquiera a dichos sujetos, este cauce procesal como único procedimiento adecuado. Estos sujetos pueden optar, si así lo prefieren, por cualquiera de los otros cauces procesales que permiten reclamar la posesión de un inmueble a quien lo ocupa sin tener derecho a permanecer en él, entre los que se incluye el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC para demandar la efectividad de los derechos reales inscritos.

La jurisprudencia menor ha desestimado, desde el primer momento, las alegaciones de inadecuación de procedimiento basadas en que el único procedimiento adecuado para reclamar el desalojo de los ocupantes ilegales de viviendas sea el juicio verbal de tutela sumaria de la posesión. Las audiencias confirman que, tras la reforma de 2018, los perjudicados por la ocupación ilegal de viviendas conservan la libertad de elegir el cauce procesal que consideren más conveniente para articular su reclamación, sin esta obligados a utilizar necesariamente el previsto en el artículo 250.1.4.º de la LEC con las especialidades introducidas por dicha reforma.

En este sentido, cabe citar la SAP Barcelona, sec. 16, de 24 de marzo de 2023 (Roj: SAP B 3424/2023) que rechazó la inadecuación del procedimiento alegada por el demandado en un caso en que la reclamación se había efectuado por la vía del artículo 250.1.7.º de la LEC (juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos). Razonaba esta sentencia lo siguiente:

Por lo demás, y en lo que al Preámbulo de la Ley 5/2018 se refiere, nuevamente baste señalar también que en dicho preámbulo el legislador justifica la reforma del juicio verbal para la tutela sumaria de la posesión por la necesidad de afrontar la aparición de «fenómenos de ocupación ilegal premeditada, con finalidad lucrativa» atendido que «ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en

todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda». En este marco, el de la falta de una respuesta ágil y eficaz frente al fenómeno de la ocupación ilegal, en el que también se critica las «limitaciones o ineficiencias» de las acciones basadas en la Ley Hipotecaria, y se plantea la reforma del «tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente» mediante la introducción en el artículo 441.1.bis LEC de un incidente inmediato de desalojo de los ocupantes, pero dicha reforma no afectó a la libre elección de procedimiento que tiene el actor para la defensa de sus intereses como demuestra la circunstancia de que el legislador mantuvo vigente el procedimiento instado por la recurrente⁽²⁾.

Por lo demás, cualquier duda que pudiera subsistir acerca de la idoneidad del procedimiento del artículo 250.1.7.º de la LEC para reclamar el desalojo de viviendas ocupadas ilegalmente debe considerarse resuelta por el propio legislador, ya que la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, admite expresamente que este procedimiento (así como los previstos en los ordinales 1.º, 2.º y 4.º del mismo artículo y apartado) puede tener por objeto la recuperación de inmuebles que constituyen la vivienda habitual de la persona ocupante, en cuyo caso deben aplicarse las previsiones sobre protección de demandados en situación de vulnerabilidad económica de los artículos 439.6 y 441.5, 6 y 7 de la LEC.

Cabe plantear si la libertad de elección del procedimiento subsiste cuando quien pide la recuperación de una vivienda es la persona que la ha adquirido en un proceso de ejecución mediante cualquiera de los procedimientos de enajenación forzosa previstos en la LEC. Quien adquiere una vivienda en un proceso de ejecución (hipotecaria u ordinaria) puede solicitar la entrega del inmueble en el propio proceso de ejecución, sin necesidad de promover ningún proceso declarativo a tal efecto. Si la vivienda no está ocupada, la entrega sería inmediata, a la vista de la solicitud, conforme a lo dispuesto en el artículo 675.1 LEC. Si la vivienda estuviera ocupada por el ejecutado, la entrega también debería ordenarse de manera directa, sin necesidad de ningún trámite previo de audiencia al ocupante, si bien respetando el plazo previsto en el artículo 704 LEC antes de proceder al lanzamiento. Finalmente, si la vivienda adquirida en la ejecución

(2) Rechazan también que el único procedimiento adecuado sea el del artículo 250.1.4.º LEC, entre otras, SAP Madrid sec. 8, de 7 de marzo de 2024 (Roj: SAP M 4240/2024); SAP Toledo sec. 2, de 13 de julio de 2023 (Roj: SAP TO 1125/2023); SAP Alicante sec. 6, de 17 de diciembre de 2021 (Roj: SAP A 3458/2021) y SAP Lleida sec. 2, de 5 de marzo de 2021 (Roj: SAP L 158/2021). Un panorama general de las distintas vías procesales disponibles para recuperar la posesión de viviendas ocupadas ilegalmente puede verse en SOLA RECENA, A., «Aspectos procesales de la recuperación de la posesión de las viviendas ocupadas ilegalmente», en *Justicia*, año 2020, núm. 2, p. 465.

estuviera ocupada por personas distintas del deudor ejecutado, el adjudicatario también podría pedir la entrega en la propia ejecución, si bien en este caso es necesario que el ocupante, antes del desalojo, haya tenido oportunidad de presentar al tribunal los títulos que justifiquen su situación, lo que se puede llevar a cabo antes de la subasta, conforme a lo dispuesto en el artículo 661.2 de la LEC, o bien ya después de la adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 675.3 de la LEC.

Existiendo la posibilidad de pedir la entrega dentro del proceso de ejecución es raro que al adjudicatario del inmueble le pueda interesar promover un proceso declarativo, por muy simple y ágil que sea su tramitación, para conseguir dicha finalidad. Lo cierto, sin embargo, es que se han dado casos en los últimos años en que el adquirente de una vivienda en una ejecución hipotecaria, a fin de obtener la posesión de la vivienda previo desalojo del ocupante, ha promovido un proceso declarativo, en lugar de solicitar el lanzamiento directamente en la ejecución. Y en estos casos el demandado ha alegado con frecuencia la inadecuación de procedimiento, por entender que el demandante, al acudir al proceso declarativo y no solicitar el lanzamiento en la ejecución hipotecaria, trataba de burlar la aplicación de las previsiones 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.

El artículo 1 de la Ley 1/2013 prevé la suspensión del lanzamiento en los procesos judiciales o procedimientos extrajudiciales de ejecución hipotecaria en los casos en que la finca hipotecada fuese la vivienda habitual del deudor y este se encuentre en alguna de las situaciones de especial vulnerabilidad definidas en el apartado 2 y en las circunstancias económicas a que se refiere el apartado 3 del indicado artículo. Ante la pretensión de eludir la aplicación de esta suspensión por parte del adjudicatario de la vivienda (muchas veces, el propio ejecutante) evitando pedir el lanzamiento en el propio proceso de ejecución hipotecaria y acudiendo, en su lugar, a un proceso declarativo⁽³⁾, la respuesta de las audiencias no ha sido uniforme, habiéndose pronunciado finalmente el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones desde su primera sentencia sobre este punto dictada el 10 de noviembre de 2022⁽⁴⁾.

(3) Las más de las veces, un juicio verbal de desahucio por precario, del artículo 250.1.2.º LEC; pero en alguna ocasión también un juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos del artículo 250.1.7.º LEC (Cfr. SAP Toledo sec. 2 29 de marzo de 2023 – Roj: SAP TO 192/2023).

(4) STS 1.ª de 10 de noviembre de 2022 (Roj: STS 4238/2022); STS 1.ª de 18 de abril de 2023 (Roj: STS 1511/2023); STS 1.ª de 20 de junio de 2023 (Roj: STS 2677/2023); STS 1.ª de 7 de septiembre de 2023 (Roj: STS 3610/2023); STS 1.ª de 6 de noviembre de 2023 (Roj: STS 4631/2023); STS 1.ª de 2 de abril de 2024 (Roj: STS 1682/2024); STS 1.ª de 8 de abril de 2024 (Roj: STS 1826/2024); STS 1.ª de 15 de abril de 2024 (Roj: STS 1958/2024); STS 1.ª de 23 de abril de 2024 (Roj: STS 2057/2024); STS 1.ª de 20 de mayo de 2024 (Roj: STS 2493/2024); STS 1.ª de 3 de julio de 2024 (Roj: STS 4056/2024).

La doctrina del Tribunal Supremo sobre estas situaciones puede resumirse así:

1.º) Cuando el adjudicatario de un inmueble transmitido en un procedimiento de ejecución hipotecaria no es un tercero ajeno al ejecutante, no puede acudir al juicio de desahucio por precario para instar el desalojo de la finca, sino que dicha pretensión debe ejercitarla en el propio proceso de ejecución hipotecaria.

2.º) Si el adjudicatario es un tercero ajeno al ejecutante, por no tener ningún vínculo jurídico o económico con él, sí podrá acudir al juicio de desahucio por precario.

El Tribunal Supremo solamente hace referencia a los procesos de ejecución hipotecaria, lo que puede explicarse porque todos los casos sobre los que se pronuncia tienen su origen en ejecuciones de dicha clase, pero también por la vinculación de esta doctrina con las previsiones de la Ley 1/2013 sobre suspensión del lanzamiento en procesos de ejecución hipotecaria, judiciales o extrajudiciales. Debe entenderse, en cualquier caso, por existir una evidente identidad de razón, que la anterior doctrina es aplicable también en los casos en que la acción ejecutiva basada en un préstamo hipotecario se ejercita en una ejecución ordinaria, pues en otro caso bastaría ejecutar la hipoteca en un procedimiento ordinario para eludir la aplicación de la Ley 1/2013⁽⁵⁾.

Más dudosa parece la generalización de la doctrina que nos ocupa a todos los casos en que en una ejecución ordinaria se embargue y realice la vivienda habitual del ejecutado. La respuesta dependerá de que se considere o no aplicable la Ley 1/2013 a todas las ejecuciones en que el ejecutado se vea privado de su vivienda habitual, incluso cuando se trate de ejecuciones ordinarias en que no se ejercite la acción hipotecaria sobre la vivienda. Solo si se extiende hasta tal punto la aplicación de la Ley 1/2013 estaría justificado obligar a quien adquiera la vivienda en estas ejecuciones a pedir el desalojo del ejecutado dentro de la ejecución, privándole de la posibilidad de hacerlo por otras vías: juicio verbal de desahucio, juicio verbal de tutela sumaria de la posesión o juicio verbal para la protección de los derechos reales inscritos.

(5) El Auto AP Valencia sec. 6, de 16 de febrero de 2022 (Roj: AAP V 1792/2022) considera que la suspensión del lanzamiento prevista en el artículo 1 de la Ley 1/2013 es aplicable también cuando la hipoteca se ejecuta en proceso ordinario de ejecución; si es así, las mismas razones en que se basa el TS para exigir que la pretensión de desalojo ejercitada por quien adquiere la vivienda en la ejecución frente al ejecutado que permanece en ella se ejercite dentro de la ejecución hipotecaria concurren cuando la garantía hipotecaria se hace efectiva en una ejecución ordinaria.

Por otra parte, aunque las sentencias del TS se refieren al juicio verbal de desahucio por precario, su doctrina ha de entenderse igualmente aplicable a los casos en que el adjudicatario de una vivienda en un proceso de ejecución pretenda desalojar a los ocupantes a través de un juicio verbal de tutela sumaria de la posesión o de un juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos.

Cabe concluir, en resumen, que el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos es un cauce procesal idóneo para reclamar la tutela jurisdiccional contra los ocupantes ilegales de viviendas, si bien no con carácter exclusivo, de manera que quien pretenda obtener esta tutela podrá elegir esta vía u otra cualquiera de las que permiten solicitar a los tribunales el desalojo de un inmueble, en particular, el juicio verbal de desahucio por precario o el juicio verbal de tutela sumaria de la posesión, pudiendo solicitar o no, en este último caso, con carácter cautelar, la inmediata recuperación de la posesión del inmueble a que se refiere el artículo 250.4.º, párrafo 2.º de la LEC.

La única salvedad a la libertad de elección del cauce procesal que el demandante considere más favorable para la defensa de sus intereses se daría en los casos en que quien reclame haya adquirido la vivienda en una ejecución hipotecaria (o en una ejecución ordinaria en que se haya hecho efectiva la hipoteca sobre la vivienda) y el ocupante sea el propio deudor ejecutado, en cuyo caso, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el desalojo de la vivienda solo podrá solicitarse dentro del propio proceso de ejecución.

2. SUMARIEDAD DEL JUICIO VERBAL PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS: OBJETO LIMITADO Y CARENIA DE COSA JUZGADA

El origen del juicio verbal a que se refiere el artículo 250.1.7.º de la LEC se remonta a la importante reforma de la Ley Hipotecaria que tuvo lugar en 1909. Hasta entonces, la Ley Hipotecaria garantizaba la protección de los terceros que adquirirían derechos sobre inmuebles confiando en la información que publicaba el Registro, pero de la inscripción registral no derivaba ninguna protección especial para el titular del derecho inscrito. Con la Ley de 1909 se introdujo el principio de legitimación registral (presunción de que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el Registro) y, como derivación de este principio, un procedimiento especial para que el titular registral pudiera hacer valer esa presunción ante los tribunales frente a cualquiera

que, sin título inscrito, se opusiera al derecho inscrito o perturbase su ejercicio. Así nació el procedimiento especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que, tras una primera etapa en la que su aplicación resultó polémica, dando lugar a vaivenes interpretativos y reformas de distinto signo, consolidó su existencia con la reforma de 1944 y el texto refundido de 8 de febrero de 1946⁽⁶⁾. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 mantuvo, en lo sustancial, las características del procedimiento especial, tal y como quedó configurado en la Ley Hipotecaria de 1946, limitándose prácticamente a trasladar la regulación de este procedimiento desde la legislación hipotecaria a la ley procesal.

La principal característica del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos es la limitación de su objeto. El objeto de este procedimiento es la acción de la persona que tiene inscrito a su favor un derecho real en el Registro de la Propiedad para recuperar el inmueble o el disfrute del derecho real de que se trate de quien posee la finca o disfruta el derecho sin título inscrito y sin que su posesión o disfrute se base en contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en prescripción oponible al titular inscrito.

La acción se basa exclusivamente en la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, presunción que no puede ser destruida dentro de este procedimiento. La presunción de que «los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo» legitima al titular registral para recuperar la posesión del inmueble o el disfrute del derecho real de cualquiera que lo posea o disfrute, quien no podrá cuestionar, en este procedimiento, ni la existencia del derecho real cuya efectividad se reclama, ni que ese derecho real pertenece a su titular registral en los términos que resultan del Registro. Así se deduce de las limitadas causas de oposición que el artículo 444.2 de la LEC permite en este procedimiento, ninguna de las cuales permite poner en cuestión la existencia del derecho real alegado por el demandante ni su pertenencia a quien en el registro aparece como titular.

Algunas de esas causas, sin cuestionar la exactitud del Registro, ponen de manifiesto que la acción ejercitada no tiene suficiente sustento en lo que en él se publica, bien porque el demandante no acredita ser titular registral del derecho reclamado, bien porque el contenido del derecho, según el Registro, no da cobertura a lo que se reclama (falsedad

(6) MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Posesión, dominio y Registro. Constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 187 ss.; CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela de los Derechos Reales Inscritos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 16 ss.; MAYOR DEL HOYO, M. V., «La protección del titular registral mediante la acción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en el sistema inmobiliario registral español», en *Revista de Derecho – Escuela de Postgrado*, núm. 7, julio 2015, Revistas académicas de la Universidad de Chile, pp. 138 ss.

o inexactitud de la certificación registral, falta de coincidencia entre la finca a que se refiere la certificación y la que es objeto de la acción ejercitada).

También se puede basar la oposición en que la finca o el derecho real reclamado se encuentran inscritos a favor del demandado, lo que solo podría ocurrir si el demandante no fuera en realidad el titular registral o bien en casos de doble inmatriculación, que tendrían que resolverse conforme a lo previsto en el artículo 209 de la LH, sin que en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º LEC pueda darse preferencia a uno u otro titular registral⁽⁷⁾.

Finalmente, el demandado podría alegar que su posesión o disfrute del derecho real reclamado deriva de un contrato u otra relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores⁽⁸⁾, o invocar la prescripción que deba perjudicar al titular inscrito, alegaciones, estas últimas, que no solo no cuestionan que el derecho real reclamado exista y pertenezca a su titular en los términos que resulten del Registro, sino que toman como punto de partida y se basan precisamente en la realidad de dichas existencia y pertenencia.

Lo anterior no implica que el demandado se vea privado de manera definitiva de la posibilidad de oponerse a la reclamación del titular registral destruyendo la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Se trata de una presunción *iuris tantum* y privar al demandado de la prueba en contrario resultaría incompatible con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 de la Constitución. Ahora bien, la presunción de exactitud registral no puede ser destruida en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC, lo que implicará, en la práctica, que, en este procedimiento, el demandado cuya defensa solo pueda basarse en atacar la presunción de exactitud registral perderá la posesión de la finca o el disfrute del derecho real en favor del titular registral, si bien posteriormente podrá pedir, en el proceso que

(7) RIVES SEVA, J. M., «Nociones generales acerca del artículo 41 de la Ley Hipotecaria como nuevo juicio verbal civil para la efectividad del Derecho Real inscrito», en *Diario La Ley*, núm. 6561, Sección Doctrina, 2 de octubre de 2006, observa que la doble inmatriculación más bien debería ser causa de inadmisión del procedimiento y no de oposición, ya que en caso de doble inmatriculación no se cumpliría el requisito de ausencia de contradicción de la inscripción en favor del actor.

(8) PEREA GONZÁLEZ, A., «La oposición a la efectividad del derecho real inscrito: un análisis del artículo 444.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *Práctica de Tribunales*, núm. 164, Sección Tribuna Libre, septiembre-octubre 2023, subraya que las relaciones jurídicas que el demandado puede argumentar para contradecir el título son las que se tengan con el «último titular», con «titulares anteriores» o en virtud de «prescripción», lo que deja fuera de toda eficacia las relaciones sostenidas con terceros ajenos como ocurriría en los casos de tercero que dispone del derecho sin facultad para ello. Esta observación es de especial interés en los casos de ocupación ilegal en que los ocupantes alegan tener un contrato de arrendamiento suscrito con persona que no es ni ha sido en ningún momento titular registral de la vivienda.

corresponda, la recuperación de la finca o del derecho litigioso, alegando, ahora ya sí, que la presunción legal del artículo 38 de la LH no se ajusta a la realidad en el caso.

Para hacer posible esta reclamación judicial posterior del demandado vencido en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC, sin que se vea obstaculizada por la cosa juzgada material, el artículo 447.3 de la LEC priva de los efectos de cosa juzgada a las sentencias que se dicten en los juicios verbales que nos ocupan. El carácter sumario de este proceso es, por tanto, directa consecuencia de la limitación de su objeto.

La sumariedad también opera en beneficio del demandante cuando, siendo verdadero titular del derecho que invoca, ve desestimadas sus pretensiones en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC por falta de constancia registral de su derecho o insuficiencia de dicha constancia. En tal caso, ese demandante podrá plantear una segunda reclamación, en juicio plenario posterior, en el que podrá acreditar, valiéndose de cualquiera de los medios de prueba admisibles en Derecho, que el derecho real que invoca existe y le pertenece, aunque no esté inscrito a su favor en el Registro.

La sumariedad del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos no afecta a la utilidad de este procedimiento para obtener la tutela jurisdiccional frente a la ocupación ilegal de viviendas. Los demandados en estos procedimientos no tienen generalmente contrato ni relación contractual con el demandante ni con un titular registral anterior, ni están en situación de hacer valer la prescripción contra el titular inscrito, por lo que el actor podrá recuperar la vivienda con relativa facilidad ya que será suficiente que presente con la demanda la certificación registral que acredite que el inmueble está inscrito a su favor. Y, una vez recuperada la posesión por el titular registral, es muy poco probable que el ocupante ilegal desalojado promueva un proceso plenario pues, por definición, los ocupantes ilegales no tienen ningún derecho en que basar una demanda posterior.

En casos de ocupación ilegal los demandados alegan con frecuencia, como título habilitante de su posesión de la vivienda, su situación de vulnerabilidad económica y/o social, en relación con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada proclamado por el artículo 47 de la Constitución. La jurisprudencia rechaza sistemáticamente que estas alegaciones puedan servir de fundamento para desestimar las pretensiones de recuperación de la vivienda en casos de ocupación ilegal.

Respecto al artículo 47 de la Constitución, la STC 32/2019, de 28 de febrero recuerda que «la ocupación no consentida ni tolerada no es título de acceso a la posesión de una vivienda, ni encuentra tampoco amparo en el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y

adecuada (art. 47 CE)». Como subraya la STC 79/2024, de 21 de mayo, con apoyo en otras anteriores, el precepto constitucional que nos ocupa «constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (administración general del Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales) en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada» y, en este sentido, ha de entenderse su configuración como un derecho constitucional cuyo correlato es ese deber de actuación de los poderes públicos, pero no como un derecho a mantenerse en la posesión de una vivienda en contra de la voluntad de su propietario, con base exclusivamente en la invocación del citado precepto constitucional.

En cuanto a la alegación de situaciones de vulnerabilidad o de exclusión social como causa de oposición a la pretensión de desalojo de los ocupantes ilegales de viviendas, es rechazada de manera contundente por la STS 1.^a de 18 de octubre de 2023 (Roj: STS 4379/2023):

Las dificultades económicas no legitiman a las recurrentes a vulnerar la normativa de adjudicación de viviendas en detrimento de quienes son respetuosos con la legalidad, al tiempo que titulares de los mismos derechos, que incluso pueden encontrarse en situaciones económicas más precarias de vulnerabilidad o con necesidades más apremiantes de satisfacción que las recurrentes. En definitiva, el Estado de Derecho no puede amparar comportamientos como los alegados como motivos de oposición, que no guardan identidad alguna con los supuestos legalmente previstos para oponerse con éxito a la acción defensiva de la titularidad registral ejercitada por la entidad demandante.

En la misma línea, la SAP Sevilla sec. 2, de 12 de junio de 2024 (Roj: SAP SE 872/2024) afirma que «la situación de vulnerabilidad o de riesgo de exclusión social no es título que legitime para poseer un inmueble ajeno sin el consentimiento de su legítimo propietario.» Estas circunstancias se tienen en cuenta por el legislador, pero no para legitimar la ocupación de viviendas sin título alguno y en contra de la voluntad del legítimo titular, sino para establecer determinados deberes de actuación de los servicios públicos competentes, y para establecer en determinados supuestos, como medida excepcional, la suspensión de la ejecución de los pronunciamientos judiciales ordenando el desalojo, lo que, si bien supone, en la práctica, que el ocupante de la vivienda permanezca en ella mientras se mantenga la suspensión, esa permanencia no implica que se reconozca que el ocupante tenía título que legitimara su posesión, sino que, por el contrario, se configura como una situación excepcional en que, temporalmente y por razones de interés social, se impone un

sacrificio al propietario de la vivienda en favor de quien carece de todo título para disfrutar de ella⁽⁹⁾.

Ahora bien, en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC, para desestimar la alegación por el demandado del derecho constitucional a la vivienda, o de situaciones de vulnerabilidad económica o de exclusión social no es necesario siquiera entrar en las anteriores consideraciones, pues basta con constatar que tales alegaciones no encajan entre las causas tasadas de oposición que enumera el artículo 444.2 de la LEC. La STS 1.ª de 18 de octubre de 2023, arriba citada, confirma que es correcta la actuación del tribunal, en los procedimientos que nos ocupan, de no admitir la oposición del demandado, al no fundarse en alguno de los motivos tasados a los que se refiere el artículo 444.2 de la LEC, rechazando expresamente que dicha actuación constituya una infracción procesal generadora de indefensión⁽¹⁰⁾.

Muy expresiva es también, en este sentido, la SAP Girona sec. 1, de 26 de octubre de 2022 (Roj: SAP GI 1410/2022):

Como primer motivo del recurso se alega que existe título habilitante. Tal motivo carece de sustento jurídico pues, la situación de precariedad económica y de riesgo de exclusión social no es causa que altera la situación de ilegalidad de una ocupación, *ni cabe su alegación en el proceso ejercitado, pues los motivos de oposición se encuentran tasados*. Quien debe garantizar el derecho a la vivienda y los problemas que puedan tener los recurrentes para acceder a una vivienda deben ser solventados por la Administración Pública competente y no por una entidad privada. Todas las disposiciones constitucionales, legales e internacionales exigen de la Administración Pública que se adopten medidas para que personas con precariedad económica y con riesgo de exclusión social puedan acceder a una vivienda, pero ninguna de dichas normas, salvo en determinadas circunstancias, que no concurren en el presente caso, exigen de personas y entidades privadas

(9) V. también SAP Barcelona sec. 17, de 4 de julio de 2024 (Roj: SAP B 9018/2024); SAP Girona sec. 1, de 29 de noviembre de 2023 (Roj: SAP GI 2012/2023); SAP Valencia sec. 8, de 5 de octubre de 2023 (Roj: SAP V 2941/2023); SAP Tarragona sec. 3, de 4 de mayo de 2023 (Roj: SAP T 576/2023); SAP Barcelona sec. 13, de 16 de febrero de 2023 (Roj: SAP B 1606/2023), entre otras muchas.

(10) En esta sentencia se afirma también que la pretensión de los ocupantes ilegales de viviendas de ser «titulares de un derecho para defender la detentación material de viviendas litigiosas, ocupadas por las vías de hecho, en contra de la legalidad, carece de cualquier amparo jurídico y de *ninguna manera conforma alguno de los motivos de oposición tasados del artículo 444.2 de la LEC*». La sentencia considera justificada en estos casos la revocación del derecho a la asistencia jurídica gratuita de los demandados con base en el artículo 19.2 de la LAJG, al entender que la defensa de una pretensión carente de cualquier amparo legal constituye una utilización abusiva del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sobre revocación del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la apelación de juicios verbales sobre efectividad de derechos reales inscritos v. también SAP Barcelona sec. 17, a 5 de julio de 2024 (Roj: SAP B 9196/2024); SAP Barcelona sec. 17, de 6 de marzo de 2024 (Roj: SAP B 2850/2024); SAP Barcelona sec. 19, de 17 de septiembre de 2019 (Roj: SAP B 11005/2019).

que sean ellas las que satisfagan de forma gratuita una residencia, aunque sea temporal⁽¹¹⁾.

El ocupante, tras ser desalojado de la vivienda en el juicio verbal del artículo 250.1.7.º LEC podría promover un proceso plenario reclamando ser repuesto en la posesión de la vivienda y, en este proceso, ya sin limitación de las alegaciones, no se inadmitirían de plano las basadas en el reconocimiento constitucional del derecho a la vivienda o en la situación de vulnerabilidad económica y/o exclusión social, si bien sería muy poco probable que prosperasen. Por lo demás, en los casos de ocupación ilegal de viviendas, los ocupantes, una vez desalojados, pierden interés en continuar litigando, por lo que sería muy raro que, con base en el carácter sumario del juicio verbal que nos ocupa, promovieran un proceso plenario posterior.

Tampoco cabe alegar como causa de oposición en este procedimiento el incumplimiento por el demandante de la obligación que le impone la legislación de Cataluña, en determinadas circunstancias, de ofrecer al ocupante un alquiler social⁽¹²⁾.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL TITULAR REGISTRAL

Solamente el titular registral del derecho real cuya efectividad se pretenda está legitimado para ejercitar la acción de recuperación de la vivienda contra los ocupantes ilegales de la misma a través del juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC. De acuerdo con este precepto, este juicio verbal sirve de cauce a las demandas «instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad»⁽¹³⁾. Esta legitimación se tiene que acreditar inicialmente, presentando con la demanda certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante (art. 439.2.3.º LEC).

(11) Hacen referencia también al carácter tasado de las causas de oposición en el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos, entre otras muchas: SAP Toledo sec. 2, de 3 de mayo de 2023 (Roj: SAP TO 477/2023); SAP Madrid sec. 14, de 4 de noviembre de 2021 (Roj: SAP M 15746/2021) y SAP Barcelona sec. 1, de 31 de mayo de 2021 (Roj: SAP B 6456/2021).

(12) SAP Tarragona sec. 1, de 10 de julio de 2024 (Roj: SAP T 1162/2024); SAP Barcelona sec. 17, de 4 de julio de 2024 (Roj: SAP B 9018/2024); SAP Girona sec. 1, de 26 de junio de 2024 (Roj: SAP GI 1224/2024); SAP Lleida sec. 2, de 12 de enero de 2024 (Roj: SAP L 21/2024), entre otras muchas.

(13) Como afirma CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela de los Derechos Reales Inscritos*, cit., p. 36, «el verdadero titular del derecho no podrá deducir su pretensión en este proceso si previamente su derecho no se halla inscrito o no consta con dicha condición en el Registro».

No todos los derechos reales de los que una persona puede ser titular registral legitiman para el ejercicio de las acciones a que se refiere el artículo 250.1.7.º de la LEC. Solo la propiedad y los demás derechos reales cuyo contenido incluya la posesión o disfrute de la cosa pueden servir de fundamento para reclamar la tutela jurisdiccional que el citado precepto asegura a sus titulares registrales⁽¹⁴⁾.

El asiento registral que sirva de base a la legitimación del demandante debe estar vigente. A estos efectos, se entiende que la suspensión por dos años de los efectos de las inmatriculaciones a que se refiere el artículo 207 de la LH se limita, como el propio precepto dice expresamente, a los efectos protectores del artículo 34 (principio de fe pública registral) y no alcanza al principio de legitimación registral del artículo 38 de la referida Ley. Por tanto, para el ejercicio de la acción basada en este último principio se ha de entender que la vigencia del asiento registral que atribuye al demandante la titularidad del derecho real de que se trate no se ve afectada por la citada suspensión⁽¹⁵⁾.

El asiento registral que sirva de base a la legitimación del demandante no debe estar afectado por contradicción alguna que resulte del propio Registro (art. 41 LH). Se ha de entender que existe contradicción (y no sería posible, por tanto, obtener la tutela jurisdiccional en el juicio verbal que nos ocupa) cuando se haya practicado anotación preventiva de una demanda que cuestione que la titularidad real de la vivienda pertenezca al titular registral; o se haya extendido una nota marginal de

(14) CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela de los Derechos Reales Inscritos*, cit., p. 37, incluye, junto a la propiedad, «el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre –la positiva sin duda y muy probablemente la negativa–, la superficie, los censos –incluido el enfitéutico–, la anticresis y, en nuestra opinión además y pese a las dudas sobre su carácter real, el aprovechamiento por turno de inmuebles de uso turístico y el arrendamiento». Y, según la misma autora, el procedimiento que nos ocupa no podría basarse en «la hipoteca, el tanteo, el retracto, la opción de compra en sí misma considerada o la petición de herencia». MAYOR DEL HOYO, M. V., «La protección del titular registral...», cit., p. 144, se inclina por excluir el arrendamiento inscrito del elenco de derechos en que puede basarse la acción del artículo 250.1.7.º de la LEC. Para FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «La tutela judicial sumaria de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad», en *Práctica de Tribunales*, núm. 11, Sección Estudios, diciembre 2004, «lo relevante es que se trate de un derecho real que permita a su titular la posesión de una finca o de parte de ella (por cuanto es la posesión la que ha de resultar perturbada o ser objeto de despojo). Por tanto, pueden actuar como demandantes quienes tengan inscrito a su favor un derecho real que habilite, en sentido amplio, a llevar a cabo una injerencia sobre una cosa; tal es el caso de quien disponga del dominio (caso paradigmático), pero también de quien sea titular de un derecho real limitado sobre un bien inmueble que implique, en un sentido muy amplio, injerencia sobre cosa ajena, como es el caso, entre muchos otros, de las servidumbres, del usufructo, de la habitación, etc.». En el mismo sentido, RIVES SEVA, J. M., «Nociones generales acerca del artículo 41 de la Ley Hipotecaria como nuevo juicio verbal civil para la efectividad del Derecho Real inscrito», cit., señala que «el procedimiento se refiere al dominio de inmuebles o a derechos reales que impliquen posesión, uso o servicio sobre los mismos».

(15) En este sentido, MAYOR DEL HOYO, M. V., «La protección del titular registral...», cit., p. 146; CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela de los Derechos Reales Inscritos*, cit., p. 38.

doble inmatriculación; o, en fin, cuando se haya presentado un título que haya de producir la ineficacia o la extinción de la inscripción en que se pretenda basar la acción, durante la vigencia del asiento de presentación o, en su caso, de la anotación preventiva de suspensión de la inscripción del título, por defecto subsanable⁽¹⁶⁾.

Conviene subrayar, en cualquier caso, que en el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos no operan las limitaciones en materia de legitimación activa establecidas en el artículo 250.1.4.º para reclamar la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda a través del juicio verbal de tutela sumaria de la posesión. La vía procesal que nos ocupa puede ser utilizada, por tanto, por personas físicas y por personas jurídicas, tanto públicas como privadas y con o sin ánimo de lucro, con tal de que tengan inscrita a su favor el en Registro de la Propiedad la vivienda cuya entrega reclamen. Por esta razón, el juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC es un procedimiento muy frecuentemente utilizado por sociedades mercantiles con ánimo de lucro (inmobiliarias de las entidades financieras, fondos de inversión) y por la Sareb para recuperar viviendas de su titularidad ocupadas ilegalmente.

4. IDENTIFICACIÓN DE LOS DEMANDADOS: LOS IGNORADOS OCUPANTES

La identificación de los ocupantes ilegales de una vivienda no suele ser tarea fácil. Precisamente por eso, la Ley 5/2018, al regular las especialidades del juicio verbal de tutela sumaria de la posesión en los casos de ocupación ilegal de viviendas, incluyó de la manera expresa la previsión de que la demanda pueda dirigirse genéricamente contra los «desconocidos ocupantes» de la vivienda (art. 437.3 bis LEC), pudiendo efectuarse la notificación de la demanda a los «ignorados ocupantes» de la finca (art. 441.1 bis LEC).

Esta posibilidad había sido admitida ya por las audiencias, antes de la Ley 5/2018, para las demandas interpuestas con la finalidad de desalojar a los ocupantes ilegales de una vivienda.

(16) MAYOR DEL HOYO, M. V., «La protección del titular registral...», cit., pp. 147-148. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «La tutela judicial sumaria de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad», cit., afirma que «la doble inmatriculación del derecho real implica la imposibilidad absoluta de seguir adelante con el procedimiento, mientras que la anotación preventiva de demanda, cuando ésta se formula frente a quien interpone la demanda y se inscribe con anterioridad a la iniciación del procedimiento, puede considerarse también contradictoria del título inscrito».

Así, ya la SAP Palma de Mallorca sec. 4, de 1 de diciembre de 1999 (Roj: SAP IB 3218/1999), admitió, en un juicio de desahucio por precario contra ocupantes ilegales, que la demanda se dirigiera contra personas desconocidas e ignoradas, razonando lo siguiente:

En supuestos como el presente, en los que la ocupación de un inmueble se produce sin conocimiento de la propiedad no resulta razonable esperar un conocimiento completo de las circunstancias personales de los ocupantes, hasta el punto de identificarlos en sus aspectos más puntuales y conseguir su adecuado emplazamiento. Tampoco puede decirse que tal identificación se consiguiera con el acta de requerimiento de 11 de febrero de 1989, pues fueron los propios ocupantes del inmueble los que se negaron a proporcionar al Notario actuante sus datos personales, actitud propia que no puede ahora ir en su propio beneficio pues el problema se hubiera allanado de adoptar la contraria.

En cualquier caso al ser ocupantes de la vivienda el emplazamiento hecho al Sr Luis Andrés y «cualquier persona que pretenda ostentar derecho alguno de ocupación o de uso», alcanza también a los recurrentes, como lo prueba el hecho de que comparecieran en autos aunque lo hicieran después de finalizar el periodo probatorio.

También la SAP Madrid sec. 1, de 26 de abril de 2000 (Roj: SAP M 6211/2000) admitió que se demandara a los desconocidos ocupantes, sin necesidad de identificarlos con su nombre y apellidos, siempre, eso sí que el demandante no conozca la identidad de las personas a quien pretende demandar ni pueda conocer esa identidad empleando una mínima diligencia:

Con carácter general, preceptúa el párrafo primero del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en la demanda se fijará la persona contra quien se proponga la demanda. Y, específicamente para el juicio de desahucio, el artículo 1.571 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite el artículo 720 del mismo Cuerpo Legal en el que se dice que la demanda contendrá el nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado o demandados. Pero ello no proscribía que, en aquellos casos en los que el actor ignora la filiación de la persona o personas contra las que ha de dirigir su pretensión, pueda demandar a esas personas desconocidas o ignoradas. Posibilidad que es reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Ahora bien, al demandante no se le permite demandar a desconocidas o ignoradas personas cuando conoce la identidad de las mismas. [...]

Tampoco puede el demandante demandar a personas desconocidas o ignoradas cuando con una mínima diligencia pudiera haber llegado a conocer la filiación de esas personas.



Muy expresiva es también la SAP Barcelona sec. 13, de 21 de julio de 2005 (Roj: SAP B 13950/2005):

En este caso, sin embargo, la demanda está dirigida contra D. Ildefonso y «otros ignorados ocupantes» del edificio sito en Cornellà de Llobregat, C/ CALLE000 núm. NUM000 – NUM003, siendo así que para la admisión de la demanda en el proceso civil, no es necesaria la identificación del demandado con su nombre y apellidos, por no exigir expresamente la mención del nombre y apellidos los artículos 399,1, y 437,1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, los cuales se limitan a exigir al actor que consigne en la demanda los datos y circunstancias de identificación del demandado.

En este sentido, ha venido siendo doctrina constante y reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1971, 15 de noviembre de 1974, y 1 de marzo de 1991; RJA 5388/1971, 4237/1974, y 1709/1991) que la identidad del demandado se puede buscar por cualquier circunstancia que permita su determinación, bastando la indicación de cualquier circunstancia que permita su identificación, o la concreción e individualización que permita conocer con exactitud aquél contra quien se entabla la acción.

En concreto, en relación con el precario, ha venido siendo doctrina reiterada (Autos de esta misma Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2003, y 17 de octubre de 2004, dictados en los Rollos de apelación núm. 870/02 y 490/04) que nada obsta a que se demande a personas desconocidas cuando se destaque su relación con el objeto litigioso y se posibilite su comparecencia y defensa, como sucede en este caso en el que se designa el domicilio en que pueden ser citados.

En consecuencia, para que puedan entenderse cumplidos los requisitos de los artículos 399,1, y 437,1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, basta que el actor consigne en la demanda los datos y circunstancias de que tenga conocimiento y que puedan permitir la identificación del demandado, bastando en consecuencia en el desahucio por precario la identificación de los ignorados ocupantes demandados por su relación con el inmueble litigioso.

Con referencia al juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC, también se admitía, antes de la Ley 5/2018, que la demanda se dirigiera contra los ocupantes desconocidos de la vivienda. Así, la SAP Barcelona sec. 1, de 20 de septiembre de 2004 (Roj: SAP B 11029/2004), dictada en apelación de un juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos, dice lo siguiente:

Las manifestaciones anteriores enlazan con la alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario aducida también por los apelantes pues no cabe exigir a la actora que conozca previamente la identidad de las personas que



ocupan las viviendas de su propiedad, máxime cuando, como acertadamente recoge la resolución impugnada, la indicada ocupación suele ser practicada por grupos fluctuantes de muy difícil o imposible determinación, extremo que queda acreditado con las diligencias practicadas en el proceso penal en el que a la policía judicial no le fue posible determinar tal identidad, y corroborado en la presente causa, en que pese a los reiterados intentos del juzgado por practicar la diligencia de citación a juicio, la misma resultó imposible, recogiendo manifestaciones de vecinos en el sentido de que las fincas se hallaban ocupadas pero que lo estaban los fines de semana y por la tarde-noche aunque añadieron que algunas veces también los veían por la mañana.

La exigencia de identificar y demandar a los ocupantes de la finca que pretenden los recurrentes, y a la que no contribuyen, pues ni siquiera identificaron a los cuatro ciudadanos que supuestamente residían en el lugar, conduciría a la denegación de la tutela judicial que merece la actora en su condición de titular dominical y que está protegida a través de la acción prevista en el artículo 41 de la LH, frente a quienes no han podido alegar derecho alguno a la ocupación.

Tras la Ley 5/2018 podía suscitarse la duda acerca de si la previsión legal autorizando dirigir la demanda contra los desconocidos ocupantes en el juicio verbal del artículo 250.1.4.º LEC implicaría excluir dicha posibilidad para aquellos procedimientos cuya regulación legal no la contemplara de manera expresa, entre los que se encontraría el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos. La respuesta de las audiencias no se hizo esperar, en el sentido de que seguía siendo posible dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes en el juicio verbal que nos ocupa. Así lo dice claramente la SAP Madrid sec. 8, de 7 de marzo de 2024 (Roj: SAP M 4240/2024):

En efecto, aunque el legislador solo ha previsto expresamente la posibilidad de dirigirse contra ignorados ocupantes en el caso del artículo 250.1.4 LEC, la Jurisprudencia menor ha venido reconociendo que tanto en caso de precaristas como en el caso de las acción en defensa de derechos reales inscritos en los que no se puede conocer la identidad de los poseedores actuales de la vivienda (los cuales, además, pueden variar porque puede haber diferentes ocupaciones temporales o de distintas personas para actividades diferentes), resulta conforme a derecho determinar la legitimación pasiva a través de la fórmula de los «ignorados ocupantes», es decir, identificar a los demandados por su directa vinculación con el objeto del juicio que sí se designa en forma específica y en el que se realiza el emplazamiento⁽¹⁷⁾.

(17) En la misma línea, la SAP Barcelona sec. 13, de 15 de febrero de 2024 (Roj: SAP B 1335/2024) dice lo siguiente: «El hecho de que el artículo 441.1. bis LEC haya regulado el régi-

Cuando la demanda se dirige contra los ignorados ocupantes puede notificarse a cualquiera de los que se halle en la vivienda en el momento en que se practique el acto de comunicación, surtiendo efecto la notificación para todas las personas que ocupen el inmueble⁽¹⁸⁾. Pasado el plazo de diez días para contestar a la demanda, se tendrá por personados a los ocupantes que hayan comparecido ante el tribunal y debería dictarse decreto declarando en rebeldía a los ignorados ocupantes no comparecidos. A partir de este momento se entenderán las actuaciones con los demandados debidamente personados, quienes ya se encontrarán identificados. Respecto a los demás ocupantes, una vez notificado el decreto de declaración de rebeldía (lo que podrá efectuarse a cualquiera de los ocupantes que se halle en la vivienda), no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso (art. 497 LEC).

Si se actúa de esta manera, no resultan comprometidos los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa de los ocupantes de la vivienda que pudieran resultar afectados por la sentencia que se dicte. Así lo ha declarado el TC en su sentencia 32/2019, de 28 de febrero, con referencia a procedimiento para el desalojo de viviendas ilegalmente ocupadas establecido por la Ley 5/2018, cuyos razonamientos son perfectamente aplicables a todos los procedimientos seguidos con dicha finalidad.

En cualquier caso, como la propia STC 32/2019 destaca, si el actor tiene conocimiento de la identidad de la persona o personas que han ocupado ilegalmente su vivienda, o puede llegar a dicho conocimiento empleando una mínima diligencia, la demanda habrá de dirigirse precisamente contra estas en calidad de demandados, no estando justificado en

men de notificación y emplazamiento en las demandas dirigidas frente a los ignorados ocupantes de un inmueble en los procedimientos a que se refiere el artículo 250.1.4 LEC (tutela sumaria de la posesión) no impide la utilización de esta fórmula de designación de la parte demandada en otros procedimientos, singularmente, los regulados en los artículos 250.1.2 LEC (desahucio por precario) y 250.1.7 LEC, el juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos, que es el que se ventila en esta litis.». En la doctrina, SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Las acciones civiles frente a la ocupación ilegal de inmuebles tras la ley 5/2018, de 11 de junio», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018, subraya que «la jurisprudencia, para todos los procedimientos civiles de desahucio con ocupantes ilegales desconocidos, ha generalizado la posibilidad de dirigir la demanda frente a los ignorados ocupantes de la vivienda, o expresión similar, por la imposibilidad real de determinar su nombre y apellidos en la mayoría de los casos.»

(18) De acuerdo con la SAP Barcelona sec. 16, de 3 de marzo de 2023 (Roj: SAP B 3296/2023) «el emplazamiento se realiza a la persona que se localiza en el inmueble pero vincula a todos los ocupantes del mismo a los cuales va destinado y a los que, por ello, tiene deber de informar el receptor (artículo 161. 3 Lec). En caso contrario, la imposición de una notificación específica a todos y cada uno de los ocupantes que son desconocidos para la parte demandante supondría para ella una exigencia diabólica que, en la práctica, conllevaría la imposibilidad de ejercicio de su derecho y, por tanto, una total indefensión vedada por el artículo 24 CE. Así, este motivo de apelación debe ser desestimado.»

este caso que la demanda se dirija de manera genérica contra los «desconocidos ocupantes». En este sentido, el TS ha rechazado que la demanda se dirija contra los ignorados ocupantes en casos en los que estos eran precisamente los ejecutados que, tras perder la titularidad de la vivienda en un proceso de ejecución, permanecían en ella, y quien pretendía desalojarlos era quien había sido ejecutante en dicho proceso o algún sujeto estrechamente vinculado a él. Entiende el TS que en estos casos no cabe admitir que el demandante no conozca la identidad de los ocupantes, por lo que no está justificado que la demanda no identifique a estos correctamente y se dirija contra los ignorados ocupantes (STS 1.ª de 25 de octubre de 2021 – Roj: STS 3873/2021).

Es más, dirigir la demanda contra los «desconocidos ocupantes» cuando el demandante conoce perfectamente la identidad de las personas a las que pretende demandar ha sido considerado por el Tribunal Supremo causa de revisión de la sentencia constitutiva de una maquinación fraudulenta prevista en el artículo 510.1.4.º LEC. La STS 1.ª de 8 de noviembre de 2023 (Roj: STS 4616/2023) estimó la revisión razonando que *«presentar la demanda de desahucio dirigida contra los ignorados ocupantes, aunque formalmente esté permitido en el artículo 441 bis LEC, constituye un fraude si se sabe que el inmueble es titularidad de una persona concreta y determinada»*⁽¹⁹⁾.

5. LA EXIGENCIA DE CAUCIÓN AL DEMANDADO

Una de las especialidades del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos regulado en la LEC, que ya estaba presente en el procedimiento anteriormente regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, es la exigencia de caución al demandado para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas. En el antiguo procedimiento de la Ley Hipotecaria, la prestación de la caución era requisito necesario para que se permitiera al demandado formular la «demanda de contradicción»; en la regulación de la LEC, si el demandado no presta la caución, se dictará sentencia estimatoria de la demanda.

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, ha reformado el apartado 2 del artículo 444 de la LEC, suprimiendo el inciso en el que se decía que «el demandado solo podrá oponerse a la demanda si, en su caso,

(19) También estimó la revisión, en un caso similar, la STS 1.ª de 1 de febrero de 2023 – Roj: STS 988/2023).

presta la caución determinada por el tribunal». Ahora bien, la reforma no ha modificado el artículo 438.4 de la LEC que dispone que en los juicios verbales del artículo 250.1.7.º, en el emplazamiento para contestar la demanda se apercibirá a la persona demandada de que se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor si contesta, pero no presta caución. Por tanto, aunque ya no se diga expresamente en el artículo 444.2 que el demandado no podrá oponerse si no presta caución, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 438.4, que se ha mantenido vigente, conduce al mismo resultado en la práctica, ya que la falta de prestación la caución por el demandado se equipara en sus efectos al allanamiento⁽²⁰⁾.

La regulación procesal de la caución que debe prestar el demandado en el procedimiento que nos ocupa es un tanto (e innecesariamente) compleja. El demandante debe indicar en la demanda la caución que, a su juicio, debe prestar el demandado, aunque también puede indicar que renuncia a la caución. En cualquier caso, es necesario que la demanda se refiera a la caución, bien para reclamarla, señalando su cuantía, bien para renunciar a ella de manera expresa, porque no hacer ni una cosa ni otra es causa de inadmisión de la demanda, conforme al artículo 439.2.2.º LEC. Cumplido lo anterior en la demanda, al emplazar al demandado para que la conteste, se le debe apercibir de que se dictará sentencia estimatoria de la demanda si no presta caución «en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor».

La Ley no precisa en qué momento debe determinar el tribunal la cuantía de la caución, ni cómo ha de oírse al demandado antes de dictar dicha resolución. En la práctica, se suele emplazar al demandado en el decreto de admisión de la demanda para pronunciarse sobre la caución solicitada por el demandante, al mismo tiempo que se le emplaza para contestar, aunque normalmente por un plazo más breve. A la vista de lo alegado por el demandado (o transcurrido el plazo sin formular alegaciones) el tribunal fija el importe de la caución mediante providencia, emplazando al demandado para hacerla efectiva. Si no se presta la caución dentro del plazo concedido, se dicta sentencia estimatoria de la demanda sin tener en cuenta, en su caso, la oposición que el demandado hubiese formulado en su contestación a la demanda. A este respecto, la reforma del artículo 444.2 de la LEC (supresión del inciso que establecía que el demandado solo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal) elimina cualquier duda

(20) En el mismo sentido, FIERRO RODRÍGUEZ, D., «El fallido intento de suprimir la caución en el juicio verbal de tutela de derechos reales con el Real Decreto-ley 6/2023», *Diario La Ley*, núm. 10501, Sección Tribuna, 9 de Mayo de 2024.

que pudiera plantearse acerca de la posibilidad de que se presente la contestación antes de la fijación del importe de la caución y de su efectiva constitución por el demandado: no existe ningún obstáculo para que el demandado presente la contestación antes de que se fije el importe de la caución, si bien, una vez determinada la caución por el tribunal, si no se presta en el plazo que se señale, se dictará sentencia estimatoria de la demanda sin tener en cuenta la contestación del demandado (art. 438.4 LEC) ⁽²¹⁾.

Frente a la exigencia de caución en los casos de ocupación ilegal de viviendas los demandados que se personan suelen alegar que dicha exigencia lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su ya lejana sentencia 45/2002, de 25 de febrero. En esta conocida sentencia, el Tribunal Constitucional no hizo ningún reparo a la constitucionalidad de la regulación legal de la caución en el procedimiento para la efectividad de los derechos reales inscritos, exigiendo únicamente que los tribunales, al concretar la exigencia de la caución en cada caso concreto, realicen una ponderación adecuada de las circunstancias del caso a fin de que la caución no se convierta para el demandado en un obstáculo insalvable que le impida defenderse de la demanda. Dice, en este sentido, el Tribunal Constitucional lo siguiente:

En el procedimiento para la efectividad de los derechos reales inscritos, previsto en el artículo 41 LH (desarrollado en el artículo 137 RH) y regulado en la actualidad en la Ley de enjuiciamiento civil (arts. 250.7, 439.2, 440.2, 441.3, 444.2 y 447.3 LEC 2000), la caución se configura legalmente como una garantía que debe prestar el demandado (en cualquiera de las formas actualmente previstas en el artículo 64.2 LEC) para que le sea admitida la oposición a la demanda mediante la formulación de la llamada «demanda de contradicción». Esta caución, que deberá solicitarse por el actor (arts. 137, regla 2, RH y 439.2.2 LEC), y cuya cuantía, dentro de los límites de la interesada por el demandante, será fijada por el Juzgado (arts. 137, regla 6, RH y 440.2 LEC), tiene como finalidad –expresamente declarada por la ley– la de responder de la devolución de los frutos percibidos indebidamente y del pago de los daños y perjuicios causados, así como de las costas procesales (arts. 41.4 LH, 137,

(21) Otra opción sería oír al demandado sobre la caución antes de emplazarle para contestar, de manera que este emplazamiento se efectuara una vez fijado el montante de la caución por el tribunal: v. BERNABÉU PÉREZ, I. C., «La entrega de la posesión de la vivienda y la protección de los derechos reales inscritos», en *Práctica de Tribunales*, núm. 135, noviembre-diciembre 2018, quien subraya que es más ágil procesalmente «emplazar desde el primer momento al demandado tanto para que conteste a la demanda como para que formule alegaciones sobre la caución interesada, apercibiéndole que la admisión de la contestación de la demanda queda condicionada al pago de la caución que fije el juez».

regla 2, RH y 439.2.2 LEC). Por tanto, la caución se diferencia netamente de otras medidas cautelares que puedan solicitarse y acordarse para la efectividad de la Sentencia que se dicte (arts. 137, reglas 2 y 3, RH y 439.2.1 y 2 y 441.3 LEC).

La regulación legal que se deja sucintamente expuesta impone a los órganos judiciales, a la hora de fijar la cuantía de la caución que debe prestar el demandado, una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, las consecuencias económicas que para el demandante se derivan de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado (frutos, daños y perjuicios y costas procesales), así como la capacidad económica de éste, pues la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor («demanda de contradicción»), podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el artículo 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte.

Con base en esta doctrina del Tribunal Constitucional, las audiencias desestiman sistemáticamente las alegaciones de los demandados basadas en que la exigencia de caución les impide obtener la tutela judicial efectiva, especialmente cuando dichas alegaciones se refieren a la exigencia de fianza, en general, sin ponerlas en relación con la cuantía de la caución exigida y la capacidad económica del demandado⁽²²⁾.

En cuanto a la cuantía de la caución, el examen de la jurisprudencia menor pone de manifiesto que en los juicios verbales del artículo 250.1.7.º de la LEC que tienen por objeto el desalojo de viviendas ocupadas ilegalmente los juzgados suelen fijar importes prácticamente simbólicos, que rara vez superan los 100 euros y, si en algún caso se fija un importe excesivo, atendiendo a la capacidad económica del demandado, la audiencia corrige la decisión del juzgado, aunque no siempre ello determina la estimación del recurso de apelación, pues se considera que, aunque la caución fijada resulte excesiva, ello no causa indefensión al demandado que basó su oposición a la demanda exclusivamente en alegaciones ajenas a las causas tasadas de oposición del artículo 444.2 de la LEC. Así, por ejemplo, la SAP Barcelona sec. 19, de 22 de abril de 2024 (Roj: SAP B 4483/2024)

(22) Entre otras muchas, SAP Barcelona sec. 1, de 26 de febrero de 2024 (Roj: SAP B 1641/2024); SAP Barcelona sec. 1, de 9 de enero de 2024 (Roj: SAP B 232/2024); SAP Valencia sec. 6, de 24 de julio de 2023 (Roj: SAP V 3044/2023); SAP Barcelona sec. 16, de 19 de mayo de 2023 (Roj: SAP B 5647/2023); SAP Santa Cruz de Tenerife sec. 3, de 17 de abril de 2023 (Roj: SAP TF 639/2023); SAP Madrid sec. 12, de 24 de marzo de 2023 (Roj: SAP M 5480/2023); SAP Barcelona sec. 13, de 16 de febrero de 2023 (Roj: SAP B 1606/2023); SAP Alicante sec. 6, de 29 de abril de 2022 (Roj: SAP A 769/2022) y SAP Baleares, sec. 4, de 2 de diciembre de 2021 (Roj: SAP IB 3223/2021).

consideró excesiva la caución determinada por el Juzgado, sobre la base de los siguientes argumentos:

La Ley no fija ningún parámetro para fijar el importe de la caución, pero en este caso su importe tiene un techo máximo, que es el solicitado por el actor y uno mínimo que podría ser de un euro, pues la prestación de caución es un presupuesto procesal. Para su fijación debe tenerse en cuenta, de forma esencial, que su importe debe estar acorde con la capacidad económica de quien deba prestarla, para no hacer impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, lo que supondría una privación del derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, una vulneración del artículo 24.1 CE. En este caso la recurrente tiene el beneficio de justicia gratuita, estando en riesgo de exclusión residencial, según informe del Departamento de Acción Social del Ayuntamiento de DIRECCION000, en el que se indica que percibe un salario de 1.150 euros mensuales, tiene a su cargo un hijo y no percibe pensión de alimentos de su ex marido. Por ello, entendemos que el juez de instancia, al fijar en 3.000 euros la caución, ha impuesto un requisito desproporcionado en relación con los medios económicos de quien debe prestarla, erigiéndose en un impedimento u obstáculo que ha podido conculcar el derecho de defensa de la recurrente.

Sin embargo, la sentencia no estimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia por entender que, al no haber fundado su oposición la demandada en ninguna de las causas tasadas del artículo 444.2 de la LEC, la fijación de una caución excesiva no le causó indefensión⁽²³⁾.

Se alega frecuentemente también por los demandados la improcedencia de exigir caución a los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Esta cuestión también fue resuelta por la STC 45/2002, que confirmó la compatibilidad del reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita con la exigencia de caución en el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos, recordando que «*el goce del derecho a la asistencia jurídica gratuita no tiene forzosamente que producir el efecto de exonerar a su titular de la obligación de prestar las fianzas que le sean exigibles en el ámbito del proceso civil*» y rechazando expresamente la extensión analógica a la caución que nos ocupa de lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para las tasas judiciales y los depósitos necesarios para la interposición de recursos. De acuerdo con esta doctrina, en definitiva, el disfrute por el demandado del derecho a la asistencia jurídica gratuita es un dato más a considerar en la

(23) En el caso resuelto por la SAP Valencia sec. 1, de 21 de diciembre de 2023 (Roj: SAP V 3884/2023) sí se estimó el recurso, rebajando la audiencia la cuantía de la caución de 1.500 a 750 euros y devolviendo las actuaciones al Juzgado para que el demandado, previa prestación de la caución, pudiera oponerse a la demanda.

ponderación que debe realizar el tribunal para determinar la cuantía de la caución, sin que conduzca necesariamente a la improcedencia de exigirla. Con base en esta doctrina constitucional, las audiencias rechazan sistemáticamente, en los procedimientos que nos ocupan, la pretensión de los demandados de quedar exentos de prestar caución por el solo hecho de tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita⁽²⁴⁾.

Una última cuestión, en relación con la exigencia de caución en los juicios verbales del artículo 250.1.7.º de la LEC, es la relativa a la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el demandado que no ha prestado la caución fijada por el Juzgado. En relación con esta cuestión, las audiencias consideran, en general, que la falta de prestación de la caución no debe impedir la admisión a trámite del recurso de apelación del demandado, si bien limitado a cuestiones de carácter procesal (incluida la verificación del carácter desproporcionado de la caución, en su caso), ya que no se debe permitir que el demandado suscite en el recurso de apelación las cuestiones de fondo que tenía vedado plantear en primera instancia precisamente por no haber prestado la caución. Así lo expresa la SAP Barcelona sec. 4, de 6 de mayo de 2024 (Roj: SAP B 5383/2024):

Ello implica que la no presentación de caución no debe comportar la inadmisión a trámite del presente recurso de apelación, si bien en el mismo no se considera que sea posible articular los motivos de oposición cuya alegación en primera instancia requeriría la prestación de caución que son los que se contienen en el artículo 444.2 LEC, pues de forma indirecta se estaría eludiendo la exigencia de caución para formular tal oposición, lo que en este caso afecta a la referida a contar el demandado con título de ocupación (que en este caso además no consta acreditado se tenga), no así con los otros motivos invocados que son cuestiones procesales referentes a una problemática que de existir incluso cabría plantear de oficio⁽²⁵⁾.

El problema de esta interpretación –seguramente la única posible con la actual regulación legal del procedimiento para la efectividad de los derechos

(24) Entre otras muchas, SAP Barcelona sec. 17, de 6 de marzo de 2024 (Roj: SAP B 2850/2024); SAP Barcelona sec. 1, de 26 de febrero de 2024 (Roj: SAP B 1641/2024); SAP Barcelona sec. 14, de 28 de noviembre de 2023 (Roj: SAP B 12793/2023); SAP Toledo sec. 1, de 22 de noviembre de 2023 (Roj: SAP TO 1660/2023); SAP Barcelona sec. 4, de 30 de octubre de 2023 (Roj: SAP B 11186/2023); SAP Barcelona sec. 11, de 26 de octubre de 2023 (Roj: SAP B 11277/2023); SAP Barcelona sec. 16, de 29 de junio de 2023 (Roj: SAP B 7063/2023) y SAP Santa Cruz de Tenerife sec. 3, de 17 de abril de 2023 (Roj: SAP TF 639/2023).

(25) En el mismo sentido, entre otras muchas, SAP Girona sec. 2, de 13 de junio de 2024 (Roj: SAP GI 1042/2024); SAP Barcelona sec. 14, de 28 de noviembre de 2023 (Roj: SAP B 12793/2023); SAP Barcelona sec. 1, de 27 de octubre de 2023 (Roj: SAP B 11258/2023); SAP Barcelona sec. 16, de 30 de mayo de 2023 (Roj: SAP B 6590/2023); SAP Madrid sec. 21, de 24 de noviembre de 2022 (Roj: SAP M 17737/2022); SAP Barcelona sec. 14, de 22 de julio de 2022 (ROJ: SAP B 8569/2022).

reales inscritos, que no contempla ninguna especialidad en materia de admisibilidad de la apelación— es que, con la mera admisión de la apelación, el ocupante ilegal consigue prolongar su situación durante meses (cuando no años), lo que supone un fuerte incentivo para la interposición de recursos de apelación manifiestamente infundados y, en este caso, incluso de objeto muy limitado, al estar de antemano excluida cualquier revisión del fondo de la sentencia apelada por la falta de prestación de la caución⁽²⁶⁾.

La ejecución provisional de la sentencia estimatoria de la demanda del juicio verbal que nos ocupa puede mitigar el problema⁽²⁷⁾, pero no lo resuelve ante la incertidumbre de que pueda prosperar una eventual oposición del ocupante basada en el artículo 528.2.2.º de la LEC (imposibilidad o extrema dificultad para restaurar la situación anterior o para compensar económicamente al ejecutado en caso de revocación de la sentencia)⁽²⁸⁾.

6. APLICACIÓN DE LAS PREVISIONES LEGALES PARA LOS CASOS DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA O SOCIAL

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, introdujo en la regulación legal del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos determinadas medidas de protección para los ocupantes de las viviendas objeto de estos procedimientos que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica o social. Estas medidas no son exclusivas de los procedimientos que nos ocupan, sino que deben aplicarse también en los juicios verbales de desahucio de los ordinales 1.º y 2.º del artículo 250.1 LEC (desahucios por falta de pago de la renta o expiración del plazo del arrendamiento y desahucios por precario), así como en los juicios verbales de tutela sumaria de la posesión del artículo 250.1.4.º, cuando se refieran a una vivienda.

(26) LÓPEZ CHOCARRO, I., «La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación», *Diario La Ley*, núm. 9204, Sección Tribuna, 24 de Mayo de 2018, propugna una reforma legal que imponga la inadmisión *ad limine* del recurso de apelación cuando previamente no se haya prestado la caución para oponerse.

(27) La ejecución provisional debe despacharse si lo solicita el favorecido por la sentencia dictada en el procedimiento, al no estar esta legalmente excluida de ejecución provisional. En este sentido se pronuncian, con referencia al desahucio por precario, el AAP Barcelona sec. 4, de 4 de diciembre de 2018 (Roj: AAP B 7658/2018) y el AAP Barcelona sec. 4, de 3 de diciembre de 2018 (Roj: AAP B 7666/2018), cuyos argumentos son enteramente trasladables a las sentencias dictadas en el procedimiento del artículo 250.1.7.º de la LEC.

(28) El AAP Barcelona sec. 13, de 12 de diciembre de 2007 (Roj: AAP B 8332/2007) estimó la oposición a la ejecución provisional de una sentencia dictada en un juicio verbal de desahucio por precario al considerar que «atendida la situación personal de la ejecutada, el desalojo de la vivienda por parte de la misma y de sus dos hijos menores [...] puede comportar perjuicios de difícil compensación económica».

Hay que tener en cuenta también la STC 26/2025, de 29 de enero, que ha declarado inconstitucionales algunas previsiones de la Ley 12/2023 (la exigencia de que los grandes tenedores de viviendas acrediten con la demanda la situación de vulnerabilidad económica de los demandados, y la exigencia, también para los grandes tenedores, de someterse, antes de demandar, a un procedimiento de conciliación o intermediación establecido por las Administraciones Públicas).

La Ley 12/2023 obliga a distinguir entre los casos en que la persona demandante tiene la condición de «gran tenedora» de vivienda y aquellos en que no la tiene. A estos efectos, se considera que es «gran tenedora» de vivienda, con carácter general, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Ahora bien, en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado, podrá extenderse la condición de grandes tenedores hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito (art. 3.k Ley 12/2023).

A fin de determinar si el demandante tiene o no la condición de «gran tenedor», en la demanda se tiene que hacer referencia a tal extremo, y si se indica que la parte actora no tiene esa condición, se deberá presentar con la demanda certificación del Registro de la Propiedad en la que consten las propiedades que aparezcan inscritas a nombre de la parte actora. El incumplimiento de estas exigencias es causa de inadmisión de la demanda (art. 439.6.b LEC).

La demanda también deberá expresar si el inmueble que se reclama constituye vivienda habitual de la persona ocupante (art. 439.6.a LEC)⁽²⁹⁾.

Por otro lado, y con independencia de lo anterior, cuando se reclame en el juicio verbal que nos ocupa una finca que sea la vivienda habitual del demandado, se contempla también la posibilidad de que el tribunal acuerde la *suspensión del proceso* para que, antes del desalojo, puedan adoptarse las medidas propuestas por las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. Estas medidas pueden consistir en propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello, propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administra-

(29) Sobre las dificultades que puede plantear determinar si el inmueble cuyo desalojo se pretende constituye o no la «vivienda habitual» del ocupante demandado Cfr. ACHÓN BRUNÉN, M. J., «Problemas que pueden suscitar las modificaciones de los juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023, de 24 de mayo», en *Práctica de Tribunales*, núm. 163, Sección Estudios, julio-agosto 2023.

ción competente, así como posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada.

A fin de determinar si procede o no la suspensión la LEC intenta asegurar que las pretensiones de desalojo de viviendas lleguen a conocimiento de las Administraciones públicas competentes, estableciendo que el decreto de admisión de la demanda informe al demandado de la posibilidad de acudir a dichas Administraciones Públicas y, por otro lado, que el propio tribunal comunique de oficio la existencia del procedimiento a las referidas Administraciones.

A partir de aquí se abre un plazo de 10 días para que las Administraciones Públicas competentes informen sobre la situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social de la parte demandada y propongan las medidas protectoras a cargo de la Administración que consideren oportunas. A la vista del informe de la Administración, se oye a las partes por cinco días sobre la procedencia de suspender el proceso para adoptar las medidas propuestas por la Administración competente (art. 441.5 LEC).

El tribunal resuelve a continuación sobre la suspensión de las actuaciones por medio de auto, a la vista de la información recibida de las Administraciones Públicas competentes y de las alegaciones de las partes. Si acuerda la suspensión, esta tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica (art. 441.6 LEC).

Para decidir sobre la situación de vulnerabilidad económica del demandado, el tribunal deberá tener en cuenta los criterios establecidos en el apartado 7 del artículo 441 de la LEC. Y para valorar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad (art. 441.7 *i.f.* LEC).

Por otro lado, aparte de las anteriores previsiones de la LEC, es frecuente que los demandados en juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC aleguen las previsiones 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, sobre suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. A este respecto, conviene recordar que la suspensión de lanzamientos prevista en dicha Ley se refiere exclusivamente a los que tengan su origen en una ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial en que la vivienda hipotecada se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica, y sea este adjudicatario quien pretenda desalojar al ocupante, siempre que se trate de la persona o personas contra las que se haya dirigido la ejecución y que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en la referida Ley 1/2013.



Como se ha indicado más arriba, el Tribunal Supremo ha establecido que, en los casos en que sea aplicable la suspensión del lanzamiento establecida en la Ley 1/2013, el desalojo de los ocupantes debe pedirse precisamente dentro del proceso de ejecución, no siendo en este caso admisible reclamar la entrega de la vivienda utilizando otro cauce procesal, lo que supone excluir que la citada Ley 1/2013 sea aplicable en el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos⁽³⁰⁾.

No suscita dudas, sin embargo, la aplicación en la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC de la suspensión del lanzamiento prevista en el artículo 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Se trata de una medida excepcional que ha sido prorrogada en varias ocasiones y que actualmente se encuentra vigente hasta el 31 de diciembre de 2024. La suspensión del lanzamiento se puede acordar por el juez en procedimientos que se refieran a viviendas que pertenezcan a personas jurídicas o a personas físicas titulares de más de diez viviendas y siempre que las personas que las habitan sin título se encuentren en situación de vulnerabilidad económica y se cumplan el resto de las condiciones establecidas en el precepto.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «Problemas que pueden suscitar las modificaciones de los juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023, de 24 de mayo», en *Práctica de Tribunales*, núm. 163, Sección Estudios, julio-agosto 2023.
- ADAN DOMÈNECH, F., «Tratamiento procesal del proceso de ocupación ilegal de viviendas», en *Justicia*, año 2019, núm. 1.
- BERNABÉU PÉREZ, I. C., «La entrega de la posesión de la vivienda y la protección de los derechos reales inscritos», en *Práctica de Tribunales*, núm. 135, noviembre-diciembre 2018.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela de los Derechos Reales Inscritos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

(30) En algún caso aislado, sin embargo, las audiencias han admitido la aplicación de la suspensión del lanzamiento prevista en la Ley 1/2013 en un juicio verbal del artículo 250.1.7.º de la LEC, si bien precisando que las previsiones de dicha Ley no operarían como causa de oposición a que se dicte sentencia estimatoria sino exclusivamente como causa de suspensión del lanzamiento en el proceso de ejecución de la sentencia: SAP Barcelona sec. 13, de 20 de junio de 2024 (Roj: SAP B 7796/2024); SAP Málaga sec. 4, de 19 de febrero de 2024 (Roj: SAP MA 1287/2024); SAP Barcelona sec. 1, de 13 de febrero de 2024 (Roj: SAP B 1419/2024); SAP Granada sec. 4, de 12 de febrero de 2024 (Roj: SAP GR 516/2024).

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «La tutela judicial sumaria de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad», en *Práctica de Tribunales*, núm. 11, Sección Estudios, diciembre 2004.
- FIERRO RODRÍGUEZ, D., «El fallido intento de suprimir la caución en el juicio verbal de tutela de derechos reales con el Real Decreto-ley 6/2023», *Diario La Ley*, núm. 10501, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2024.
- LÓPEZ CHOCARRO, I., «La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación», *Diario La Ley*, núm. 9204, Sección Tribuna, 24 de mayo de 2018.
- MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Posesión, dominio y Registro. Constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)*, Dykinson, Madrid, 2020.
- MAYOR DEL HOYO, M. V., «La protección del titular registral mediante la acción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en el sistema inmobiliario registral español», en *Revista de Derecho – Escuela de Postgrado*, núm. 7, julio 2015, Revistas académicas de la Universidad de Chile.
- PEREA GONZÁLEZ, A., «La oposición a la efectividad del derecho real inscrito: un análisis del artículo 444.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *Práctica de Tribunales*, núm. 164, Sección Tribuna Libre, septiembre-octubre 2023.
- RIVES SEVA, J. M., «Nociones generales acerca del artículo 41 de la Ley Hipotecaria como nuevo juicio verbal civil para la efectividad del Derecho Real inscrito», en *Diario La Ley*, núm. 6561, Sección Doctrina, 2 de octubre de 2006.
- SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Las acciones civiles frente a la ocupación ilegal de inmuebles tras la ley 5/2018, de 11 de junio», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas», en *Diario La Ley*, núm. 9264, Sección Tribuna, 21 de septiembre de 2018.
- SOLA RECENA, A., «Aspectos procesales de la recuperación de la posesión de las viviendas ocupadas ilegalmente», en *Justicia*, año 2020, núm. 2.

E. Remedios penales frente a la ocupación de inmuebles (I): Praxis del delito de allanamiento de morada

Vicente Magro Servet

Magistrado del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho.

magro@telefonica.net

Resumen: *Análisis del delito de allanamiento de morada del artículo 202 CP, ilícito penal que se está cometiendo con frecuencia en la actualidad bajo el fenómeno de la ocupación ilegal de bienes inmuebles ante la abundante casuística que prolifera en el ataque a la posesión ajena vulnerando el contenido del artículo 9 de la Ley de vivienda. Se analiza este tipo penal destacando la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, y la necesidad de potenciar las medidas cautelares de expulsión inmediata de inmuebles ocupados ilegalmente como solución urgente ante un fenómeno que requiere de una urgente aprobación de una ley integral ante estos hechos que garantice a los propietarios de vivienda la devolución posesoria de los inmuebles ocupados con agilidad.*

Palabras clave: *Allanamiento de morada, ocupación ilegal, medidas cautelares.*



Abstract: *Analysis of the crime of trespassing in artículo 202 CP, a criminal offense that is being frequently committed today under the phenomenon of illegal occupation of real estate given the abundant casuistry that proliferates in the attack on the possession of others, violating the content of artículo 9 of the Housing Law. This type of crime is analyzed, highlighting the most recent jurisprudence of the Supreme Court, and the need to enhance precautionary measures of immediate expulsion of illegally occupied properties as an urgent solution to a phenomenon that requires urgent approval of a comprehensive law in response to these events that guarantees to homeowners the return of possession of occupied properties quickly.*

Keywords: *Breaking and entering, illegal occupation, precautionary measures.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Características del delito de allanamiento de morada. 3. Las medidas cautelares de expulsión inmediata del inmueble ocupado por orden judicial. 4. La flagrancia para permitir la entrada de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado. 5. Jurisprudencia del Tribunal Supremo ante el delito de allanamiento de morada. 6. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas de eficiencia y la afectación al delito de allanamiento de morada y de usurpación de bien inmueble. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El delito de allanamiento de morada tiene hoy en día una trascendencia en la práctica penal que muchos años atrás no se daba, habida cuenta que el fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles, tanto sea morada como mera usurpación de inmueble, es un fenómeno de reciente aparición, por cuanto hace tiempo era impensable que una persona ocupara una vivienda ajena de forma ilegal aprovechando la ausencia provisional de su propietario o poseedor invadiendo un espacio tan privativo como es un bien inmueble.

Sin embargo, hoy en día se ha convertido el allanamiento de morada en una práctica habitual y una costumbre en la búsqueda de bienes inmuebles por parte de algunas personas que actúan de forma individual, o colectiva, mediante organizaciones criminales que tienen como objetivo desapoderar de la posesión a propietarios y poseedores de bienes inmuebles aprovechando la ausencia de los mismos, rompiendo la cerradura y accediendo a ellos postulando que tienen derecho sobre la misma y que,

en todo caso, efectuarán todas las alegaciones posibles para retrasar en la medida que puedan el lanzamiento de la vivienda.

Esta situación ha provocado un auténtico caos en nuestro país, por cuanto no llega a comprenderse cómo es posible que ante un ilícito penal de tal calibre como desposeer a una persona de un bien tanpreciado como es su propiedad no exista un sistema expeditivo rápido y ágil para expulsar en 72 horas como máximo a quien ocupa un bien inmueble de forma ilícita, tal y como ocurre en nuestro entorno en toda Europa, pero que en nuestro país todavía no existe una apuesta decidida por garantizar la protección de vida a los ciudadanos cuando una persona ha ocupado ilegalmente su propiedad inmobiliaria.

Pocas situaciones pueden ser más comprometidas y rechazables que la circunstancia de que cuando una persona regresa a su propiedad inmobiliaria se la encuentre ocupada por terceras personas que han entrado ilegalmente en la misma, ya que para darse cuenta del daño, dolor y perjuicio que causa esta situación es necesario haber sido víctima de este hecho delictivo para concienciarse la ciudadanía española de la gravedad de un fenómeno que se repite de forma reiterada en torno a cerca de 20.000 hechos al año sin que exista una respuesta del Poder Legislativo y Ejecutivo para hacer frente a un fenómeno que está causando innumerables perjuicios a muchos ciudadanos que se encuentran impotentes e indefensos ante una situación tan grave como es la de la ocupación ilícita de bienes inmuebles.

Pero lo peor de todo esto es la sensación de impotencia que tienen los ciudadanos que son víctimas de estos hechos delictivos, al no poder acceder a su propiedad cuando se encuentran okupas en la misma bajo la amenaza de cometer los propietarios un hecho delictivo si expulsan de su propia vivienda a quienes han accedido a la misma de forma ilegal. Esto supone una auténtica situación perversa difícilmente entendible por los propietarios que son los perjudicados de este delito de allanamiento de morada, ya que no se trata que hayan accedido a una propiedad que no se utiliza por parte del propietario, sino que el propio delito se refiere a la entrada ilegal en un bien inmueble que constituye morada de sus propietarios; es decir, que se está utilizando de forma habitual o esporádica, pero que en cualquier caso sigue constituyendo la morada del ciudadano que se ha visto privado de la posesión del bien inmueble y que se encuentra indefenso e impotente para poder reaccionar de forma eficaz e inmediata frente a este fenómeno tan extendido en la actualidad en nuestro país.

Pocas cosas son más dignas de protección que la vivienda de una persona. Ya desde antiguo el Tribunal Supremo reconoció en Sentencia de 20 Ene. 1994, Rec. 2153/1992 que: «El delito de allanamiento de morada protege la intimidad de la persona humana, salvaguarda la intimidad más

apreciada de los hombres y mujeres, no se defiende ni la posesión, ni la propiedad, ni ningún otro derecho real o personal en sentido patrimonial. Por tanto, es imprescindible que exista una morada ajena invadida, por irrupción o por permanencia. Esta Sala, en una jurisprudencia absolutamente rectilínea, ha protegido, como uno de los valores más importantes, reconocido expresamente en la CE, el domicilio de las personas físicas, concepto que ha de correlacionarse con el delito de allanamiento de morada. No hay allanamiento de morada respecto de un almacén o un depósito. Morada y domicilio, a estos efectos, se identifican.»

Las tres modalidades de allanamiento de morada son las siguientes:

Artículo 202.

1. *El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

2. *Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.*

Se trata este del tipo penal de «ocupación» de bienes inmuebles «por excelencia, y es el que se practica tanto por personas individuales como por grupos y organizaciones criminales. Es sobre estos actos de ocupación ilegal de inmuebles sobre los que giran todas las quejas de ciudadanos que se han visto desposeídos de sus hogares que constituyen morada, teniendo que seguir un largo periplo para poder recuperarlas.

Artículo 203.

1. *Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.*

2. *Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.*

3. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública*



o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

Se trata de un delito con menos porcentaje comisiva y que afecta a personas jurídicas y despachos profesionales o establecimientos mercantiles.

Artículo 204.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Este delito es peligroso para los funcionarios policiales de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, por cuanto estos actúan para proteger a los ciudadanos en la persecución de los delitos, pero si actúan con exceso de celo y acceden a inmuebles sin existir delito flagrante ni orden judicial podrán cometer este delito.

Estos delitos están ubicados en el capítulo II «del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público», del Título X del Libro II «delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio».

El citado capítulo comprende tres preceptos (artículos 202, 203 y 204 CP) que se refieren al allanamiento pacífico de morada de persona física (artículo 202.1 CP), al allanamiento con violencia o intimidación de morada de persona física (artículo 202.2 CP), al allanamiento pacífico de morada de persona jurídica y establecimientos abiertos al público (artículo 203.1 y 2 CP), al allanamiento con violencia o intimidación de morada de persona jurídica (artículo 203.3 CP), y al allanamiento de morada por autoridad o funcionario (artículo 204 CP).

Se trata el allanamiento de morada de un delito competencia del Tribunal del jurado, como señala Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado en su artículo 1.2, que señala que *Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:*

[...]

d) Del allanamiento de morada (arts. 202 y 204).

Como propuesta de reforma legal debería suprimirse la competencia del Jurado con respecto del delito de allanamiento de morada que tiene

mejor definición competencial ante el juez de lo penal, siendo innecesario constituir todo un tribunal del jurado para juicios con este contenido, salvo que se incida en querer hacer partícipe a la ciudadanía del problema de la ocupación ilegal de inmuebles y hacerles miembros de un jurado que decida estos casos, no pudiendo comprenderse las razones por las que se atribuyó la competencia al jurado de estos casos.

2. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

Recoge el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 18/2021 de 15 Ene. 2021, Rec. 691/2019 que «el delito de allanamiento de morada es una infracción contra la inviolabilidad del domicilio que el Código Penal tipifica y define en su artículo 202.»

Y en cuanto a sus características se añade que:

«Como se dijo en la STS 1021/2012, de 28 de diciembre, «[...] la protección constitucional del domicilio en el artículo 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su inviolabilidad en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte exento de o inmune a cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero). La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 136/2000, de 29 de mayo [...])»

Dada la relevancia constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio y para su eficaz protección el Código Penal las injerencias no autorizadas a través del delito de allanamiento de morada, cuyos presupuestos típicos son los siguientes:

a) En cuanto al sujeto activo puede ser cualquier persona con tal de que sea imputable y que no habite en la misma morada. En el caso de que

sea funcionario público su conducta se haya sancionada de forma agravada en el artículo 204 CP;

b) Debe entenderse por morada el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección, no solo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, y que, de vulnerarse mediante la irrupción, en ellos, de extraños, implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley;

c) En cuanto a la acción o dinámica comisiva, consta de un elemento positivo, esto es, entrar en morada ajena o permanecer en la misma contra la voluntad de su morador, y otro negativo, es decir, que, la referida conducta, se perpetre contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta;

d) Por último, este delito, como los demás de naturaleza dolosa, presupone una acción dirigida a vulnerar un determinado interés o valor que constituya el objeto jurídico protegible, consistiendo la acción en estar en morada ajena tanto si es por irrupción en la misma o por permanencia en ella, siempre contra la voluntad del sujeto pasivo, sin que se exija un dolo específico de atentar contra la intimidad domiciliaria (STS 159/2007, de 21 de febrero, por todas).»

Concepto de morada.

Respeto lo que se entiende por morada y en lo que afecta a la ley de vivienda 12/2023 hay que tener en cuenta que esta norma jurídica mantiene el mismo concepto de morada que ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Habida cuenta que recoge en el artículo 3, letras j) y k) los conceptos de residencia habitual y residencia secundaria, refiriéndose el primero al lugar donde una persona está empadronada y supone dentro del ámbito administrativo, el lugar de residencia fiscal y donde desarrolla la actividad de su vida diaria y la secundaria para referirse aquella vivienda amueblada y con servicios dados de alta donde se acude de forma temporal o provisional, pero que también reúne el concepto de morada.

De esta manera, el acceso ilegal, ocupando cualquiera de los dos bienes inmuebles, supondría un allanamiento de morada del artículo 202 del código penal, por cuanto estos dos conceptos de residencia habitual y residencia secundaria, incluidos en la ley de vivienda, permiten el ámbito de protección de los propietarios de estas viviendas, frente al fenómeno de la ocupación ilegal.

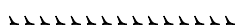


Otra cuestión de interés que nos interesa plantear la relativa a la fase de ejecución de lanzamiento, en los casos de ocupación ilegal de inmuebles, en los que debe rechazarse que sea necesario analizar el concepto de vulnerabilidad y de darte lado a la administración para que pueda realojar al ocupante ilegal en un inmueble, ya que a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos civiles de desahucio. Con la ley de vivienda aprobada, debe entenderse que el juez de instrucción no tiene por qué evaluar si el ocupante ilegal reúne el concepto de vulnerabilidad en su situación personal, económica y familiar y/o estar a la espera de que la administración competente encuentre un realojo a los ocupantes ilegales antes de proceder al lanzamiento del inmueble ocupado ilegalmente.

De la misma manera se introducido una disposición adicional séptima en la LEC en la Reforma aprobada por la ley de vivienda, en virtud, de la cual se entiende que en los procedimientos del artículo 245.2 del código penal no será preciso que el juez a la depender en lanzamiento de análisis de la situación de vulnerabilidad o del realojo del ocupa en una vivienda, lo cual debe extenderse de forma obligatoria a los casos de allanamiento de morada, de tal manera que una cosa es que se le traslado la administración de la posibilidad del realojo de los okupas, pero sin supeditar la expulsión a que el Ayuntamiento por medio de la concejalía correspondiente, encuentre una vivienda en donde puedan residir los ocupantes ilegales, cuando concurren las circunstancias previstas de que existan menores en el inmueble o se den situaciones merecedoras de la protección para que la administración competente pueda realojar a los ocupantes en otro inmueble.

En cualquier caso, la regla general debe ser la expulsión inmediata, salvo que circunstancias particulares aconsejen la espera, que podría ser como máximo de dos semanas para que la administración pueda actuar en estos casos urgentes en donde pueda haber menores o personas necesitadas de especial protección a la hora de localizar una vivienda donde puedan ser realojados.

Pero en ningún caso, puede entenderse que el lanzamiento se suspenderá por estas circunstancias, porque yo supondría introducir un claro perjuicio al propietario de vivienda ocupada por una circunstancia ajena a él mismo y que es competencia responsabilidad de la propia administración pública, como es la de proveer vivienda, aquellas personas que carecen de la misma, pero que no puede hacerse recaer sobre las espaldas de los propietarios de viviendas esta circunstancia y retrasaron lanzamientos en caso de ocupación ilegal de bienes inmuebles.



3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE EXPULSIÓN INMEDIATA DEL INMUEBLE OCUPADO POR ORDEN JUDICIAL

La solución a los problemas generados por la ocupación ilegal de inmuebles no pasan tanto sobre una modificación del sistema de penas, sino por una potenciación de las medidas cautelares de expulsión que deben ser adoptadas, de manera que los propietarios de inmuebles en los que una persona han accedido ilegalmente y han cambiado la cerradura tomando la posesión y haciendo imposible el acceso por parte del propietario tienen derecho a la recuperación inmediata de esa posesión a la que se ha privado al propietario. Todo ello, sin esperas derivadas de la prolongación que pueda derivarse de un procedimiento judicial ante denuncia formulada por allanamiento de morada del artículo 202 del código penal.

De esta manera, sería absolutamente imprescindible la aprobación de una reforma de la ley procesal penal, en virtud de la cual el juez de instrucción tenga capacidad para, ante una denuncia formulada en la que se aporten pruebas mínimas indispensables de la titularidad del bien por parte del denunciante y la inexistencia de título alguno por parte del ocupante, llevar a cabo la expulsión inmediata antes del transcurso de la 72 horas desde la petición de la expulsión y formulación de la denuncia.

Hay una cuestión aquí que es fundamental, como es la relativa a que ante el requerimiento formulado por parte de la autoridad judicial ocupante para que abandone el inmueble, estos puedan presentar un título falso para prolongar la expulsión del inmueble en estos casos, como lo es un contrato de arrendamiento falso con la firma del propietario, y que podría servir como causa suspensiva para la expulsión.

En el caso de que se aporte el mismo cabría la urgente práctica de una pericial caligráfica para comprobar si, efectivamente, la firma del contrato de arrendamiento es la que corresponde al propietario del inmueble y en el caso de que así no concurra proceder a la inmediata expulsión, tras el análisis de la validez del documento aportado por el ocupante.

En esta situación cualquier documento distinto de aquellos que puedan acreditar el derecho de posesión debería ser rechazado, tales como tickets de compra de productos, o el pago de gastos de comunidad, lo que debería recogerse con claridad en el artículo que reformara la Ley de Enjuiciamiento Criminal para habilitar la expulsión del inmueble en ese plazo de 72 horas fijando cuál es el título que habilitaría la suspensión de la expulsión, circunscribiéndolo tan solo a la existencia de prueba concurrente de que existe un contrato de arrendamiento, dejando claro en el precepto que cualquier otro documento, tal como los citados, no permitiría la suspensión de la expulsión al no ser títulos válidos para acreditar la

existencia de un derecho posesorio sobre el inmueble sobre el que se ha denunciado la ocupación ilegal.

Debe tenerse en cuenta que es fundamental una regulación legal nueva en estos casos que disciplinen las razones que pueden permitir tanto la expulsión inmediata como la suspensión de la misma. Así, debe constar con claridad en el precepto de la LECRIM que proponemos bajo la numeración del artículo 544 sexies y que sirva como garantía para los propietarios de viviendas, así como también para aquellas personas que tengan en la realidad un contrato de arrendamiento real que pretendan alegar cuando se les imputa una ocupación ilegal, sobre todo para garantizar la debida protección de ambas partes en el proceso, evitando también expulsiones indebidas de personas que tienen un título válido admitido en derecho.

4. LA FLAGRANCIA PARA PERMITIR LA ENTRADA DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

La entrada en una vivienda por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado solo puede tener lugar como consecuencia de la comisión de un delito flagrante, o por las causas autorizadas legalmente, conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo.

En otro caso los agentes pueden entrar en una vivienda con la voluntad de sus moradores, o con autorización judicial.

Señala el artículo 15 antes citado que:

Artículo 15. Entrada y registro en domicilio y edificios de organismos oficiales.

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes.

2. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.

3. Para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo.

4. Cuando por las causas previstas en este artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio particular, remitirán sin dilación el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente.



Pues bien, un tema importante en materia de ocupación ilegal de inmuebles es el establecimiento de una clara seguridad jurídica para las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado a la hora de que estas puedan acceder a un inmueble sin orden judicial cuando se haya cometido un delito flagrante de ocupación ilegal.

De esta manera, es preciso que se regule con claridad el concepto de flagrancia para entender el periodo temporal transcurrido desde el acceso de forma ilegal al inmueble para que la policía pueda actuar y entrar sin orden judicial para la expulsión de los okupas.

Así, podría regularse por ley que el plazo para poder acceder la policía en un inmueble ocupado ilegalmente es de 24 horas desde que se tenga conocimiento del acceso ilegal, lo cual podría acreditarse bien por el sistema de alarmas instalado en el inmueble, o bien por declaración de algún vecino que pudiera dejar constancia con su declaración del momento exacto en el que se ha producido el acceso ilegal al inmueble, avisando en este caso a la policía de esta circunstancia.

Con ello, esta declaración del vecino, que sería identificado a los efectos oportunos sería clave para poder establecer la hora exacta de acceso ilegal tras la denuncia del mismo y fijarse como cómputo del plazo de las 24 horas para que la policía pueda entrar en el inmueble y expulsar a los okupas sin necesidad de orden judicial, al estar, incluido el acto policial dentro del concepto de la flagrancia que se exige que se regule de forma clara y concreta para evitar que actuaciones policiales tendentes a resolver el problema de la ocupación ilegal sean luego derivadas a una actuación ilícita de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, lo cual resulta evidente que puede producir un efecto de freno en la actuación policial cuando no tengan claro que se ha producido el acceso de forma flagrante, y que esas dudas se extiendan al rechazo de actuar policialmente y que se recurra a la orden judicial para evitar una actuación delictiva de la policía en estos casos si los agentes no tienen claro que puedan actuar sin orden judicial.

Por otro lado, es aconsejable la articulación de protocolos de coordinación dentro de las comunidades de propietarios para que por mayoría simple se acuerde la necesidad de que los vecinos establezcan sistemas de autoprotección mediante la denuncia de aquel que haya detectado el acceso ilegal en un inmueble ante la policía, marcando un alto nivel de solidaridad entre ellos para que con este sistema de autoprotección trasladar a Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado que se ha producido un acceso ilegal de inmueble por parte de okupas, lo que permitiría la expulsión policial de forma inmediata.

La existencia de estos protocolos de coordinación vecinal en las comunidades de propietarios contra okupas se aprueban tan solo por mayoría

siempre, porque supone una modificación de las normas de régimen interno de la comunidad que tan solo requieren esta mayoría de simple del artículo 17.7. LPH para mejorar la protección *ad intra* de los propietarios de viviendas y permitir la expulsión inmediata del inmueble por parte de los agentes policiales.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

El Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre este delito y cuáles son sus características y circunstancias a la hora de poder destacar la tipología de un delito que sigue sorprendiendo que se cometa con tanta impunidad y que se permita actuar a los autores de este delito como lo están haciendo, siendo conscientes estos de la permisividad que van a recibir de retrasar la expulsión, y sin que existan medidas eficaces por la vía de unas cautelares concretas y específicas que permitan una recuperación posesoria urgente e inmediata ante la privación de la posesión al propietario de un inmueble, para el cual no debería retrasarse la devolución de su posesión más allá de las 72 horas a las que estamos refiriéndonos, y lo que supondría aplicar el mismo criterio que sigue en todo nuestro entorno europeo.

A una persona le pueden privar de un bien mueble del que, incluso, pueda prescindir y que no le sea absolutamente necesario para su vida, pero de lo que no se le puede privar a una persona es de la posesión de un bien inmueble, y menos de aquel que constituye su morada y que disfruta de forma permanente por estar empadronado en el mismo, o bien de forma provisional, o esporádica, ya que, reuniendo los requisitos de estar debidamente amueblado y con los servicios de alta en regla, sigue constituyendo la morada de estas personas y, en consecuencia, absolutamente protegible y con derecho a una recuperación inmediata de la misma.

Veamos la referencia jurisprudencial en la respuesta a la comisión de este tipo penal.

1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 282/2018 de 13 jun. 2018, Rec. 10776/2017

Se trató de un caso en el que existía una orden de alejamiento de una persona sobre su ex pareja y este la quebrantó y se acercó a la casa y, además, accedió de forma incontestada, por lo que se trata de un concurso

real del artículo 468 CP y del artículo 202 CP, no de un concurso medial. Existe autonomía entre ambos.

«Del relato de hechos probados se produce una actuación desdoblada del recurrente, en tanto en cuanto la llegada de éste al radio de acción del “perímetro de prohibición» que tenía la víctima supone ya la comisión del delito del artículo 468 CP nada más llegar al inmueble residencia de los padres de la víctima, ante el desplazamiento de la víctima al mismo por razones de seguridad, vulneración que consta nada más que detecta la presencia de la víctima en el lugar esperando a actuar posteriormente como consta en los hechos probados. Más tarde, el acceso inconsentido a la vivienda supone el delito de allanamiento de morada, dos hechos delictivos que atentan a bienes jurídicos distintos, ya que mediante la comisión del delito del artículo 468 CP se comete un delito contra la administración de justicia y con el delito de allanamiento de morada se comete un delito contra la inviolabilidad del domicilio, habiendo admitido esta aplicación con autonomía esta Sala del Tribunal Supremo entre otras en el Auto 2084/2014 de 18 Dic. 2014, Rec. 10722/2014. La sucesión del hecho está dotada de una clara autonomía, ya que el quebrantamiento de medida cautelar se comete de forma autónoma el mismo día que llegó al inmueble, con independencia de que cuando toma la decisión de acceder al inmueble comete el delito de allanamiento de morada.»

2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 89/2022 de 4 feb. 2022, Rec. 895/2020

Las conclusiones que se obtienen de esta sentencia respecto a condena por el artículo 203 CP es que un despacho profesional no constituye la morada de su titular. Ello no obstante, en el mismo puede desarrollarse determinada actividad relacionada con la intimidad personal de su titular, y como tal debe ser objeto de protección frente a intromisiones ajenas. Se trata de un espacio físico cerrado, por propia voluntad del interesado, indispensable para que el profesional pueda realizar su actividad y terceras personas no autorizadas no gozan del derecho a invadir ese espacio privado, aun en horas de atención al público.

Es indiferente que el despacho de abogados se encontrara o no abierto al público, pues en todo caso esa apertura no se hacía extensiva a las zonas privadas donde se ubicaba el despacho personal. Es evidente que tal despacho personal ni constituía ni podía ser equiparado al domicilio de una persona física, que es el lugar cerrado donde la misma desenvuelve su vida íntima y satisface su derecho a disponer de un ámbito en el que su privacidad no sea invadida ni perturbada por persona alguna.

La intimidad personal es el bien jurídico tutelado en el tipo del artículo 203.1 CP. Un despacho no es «morada» pero puede albergar actos propios del desarrollo de la intimidad personal, o de protección de la intimidad de terceros al albergar documentos con datos sensibles. Es una conducta delictiva el acceso a un espacio privado, en contra la voluntad de su titular y pese a las previas advertencias por parte de la secretaria del bufete. Resulta indiferente que en ese momento estuviera o no abierto al público, pues esa apertura no se hace extensiva a las zonas privadas donde se ubicaba el despacho personal, que era de acceso claramente restringido y solo permitido a compañeros o empleados con los que mantenía una relación de confianza o terceros previamente autorizados.

Señala la sentencia que:

«El bien jurídico protegido es la intimidad de las personas, derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 CE.

Es obvio que en principio, un despacho profesional, como en nuestro caso ocurre, no constituye la morada de su titular. Ello no obstante, en el mismo puede desarrollarse determinada actividad relacionada con la intimidad personal de su titular, y como tal debe ser objeto de protección frente a intromisiones ajenas. Se trata de un espacio físico cerrado, por propia voluntad del interesado, indispensable para que el profesional pueda realizar su actividad y terceras personas no autorizadas no gozan del derecho a invadir ese espacio privado, aun en horas de atención al público.

El recurrente accedió a la zona de despachos privados, en concreto al despacho privado de la Sra. Nuria contra la voluntad de ésta. Esta circunstancia era conocida por el mismo pues así se lo indicó la secretaria del Despacho Sra...

Es indiferente que el despacho de abogados se encontrara o no abierto al público, pues en todo caso esa apertura no se hacía extensiva a las zonas privadas donde se ubicaba el despacho personal de la Sra...

Es evidente que tal despacho personal ni constituía ni podía ser equiparado al domicilio de una persona física, que es el lugar cerrado donde la misma desenvuelve su vida íntima y satisface su derecho a disponer de un ámbito en el que su privacidad no sea invadida ni perturbada por persona alguna.

Ahora bien, se trataba de un recinto cerrado en el que la perjudicada y otros compañeros desarrollaban su actividad profesional. El despacho personal era de acceso claramente restringido, solo accesible obviamente a compañeros o empleados con los que mantuviese una relación de confianza o terceros previamente autorizados. El derecho fundamental a la intimidad del que era acreedora la Sra... y el hecho de que el despacho personal lógicamente servía a la custodia de los expedientes de clientes que contienen datos sensibles que deben ser preservados, confería a

aquella «el poder jurídico» de imponer a terceros el deber de abstenerse de entrar en su interior sin su permiso. En nuestro caso, tal derecho le facultaba a excluir la entrada en su despacho del Sr... como así se lo hizo saber a través de su secretaria. Por ello la invasión injustificada de tal espacio por parte de aquel, entrando en dependencias de acceso restringido, puso en riesgo efectivo el bien jurídico protegido por el tipo penal previsto en el artículo 203.1 CP, esto es la intimidad.»

3. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 389/2020 de 10 jul. 2020, Rec. 2428/2018

Condena por allanamiento de morada. Como consecuencia de las desavenencias entre los cónyuges, el marido sale del domicilio común, pero vuelve a él, de vez en cuando a ver a la hija y a llevarse algunos objetos personales. Sin embargo, con motivo de la iniciación del procedimiento de divorcio, la esposa le requiere para que no vuelva más y le hace saber que ha cambiado la cerradura de la vivienda. No obsta para la condena la inexistencia de resolución judicial que atribuyera su uso a la denunciante, pues la misma ostentaba una posesión de hecho exclusiva, materializada con el cambio de cerradura, desde hacía meses que el acusado conocía. El acusado accede forzando la cerradura.

4. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 587/2020 de 6 nov. 2020, Rec. 10126/2020

Se trata en este caso de destacar varias cuestiones:

1. El concepto de morada no es unitario. Una persona puede tener varias moradas, porque no se identifica como el lugar donde una persona vive todos los días, o el lugar donde está empadronado, sino que puede tener varias moradas, siempre que las tenga amuebladas y en condiciones de ser habitadas.

2. Para que se trate de morada no hace falta que esté en condiciones correctas de «habitabilidad». Las condiciones de habitabilidad mejores o peores del inmueble no excluyen el sentido de la vivienda como morada si al momento de los hechos, era el domicilio de la víctima, bien en concepto de dueño, bien de ocupante.

Se recoge en la sentencia que «La cuestión que nos surgiría es la relativa a qué concepto debemos tener por morada, y si es posible que la consideración de “morada» sea doble, en el sentido de poder disponer de la morada en dos residencias que pueda utilizar de forma más o menos habi-

tual una persona, ya que no hay disposición legal alguna que obligue a una persona a «elegir» cuál es su morada, o si puede disponer de dos que cumplan esta función, aunque a los efectos administrativos sea cierto que hay que identificar a una, por ejemplo, a efectos fiscales, o en las relaciones contractuales, a la hora de fijar un domicilio a efectos de notificaciones. Pero ello no determina que bajo esta opción estemos «eligiendo» cuál es nuestra morada, excluyendo, con ello, a otra vivienda que también utiliza ocasionalmente, que tiene amueblada, y dada de alta la luz, el agua y gas, como servicios esenciales que acreditan que es vivienda que se utiliza habitualmente, y que no está desocupada en el sentido más propio de inmueble que no se utiliza, y que, por ello, no está con muebles ni dados de alta servicios esenciales para posibilitar ese uso, como hemos expuesto.»

Pues bien, ofreciendo un rayo de luz sobre este tema se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo 731/2013 de 7 Oct. 2013, Rec. 11142/2012, que señala que:

«El concepto de morada a efectos penales no se identifica con la noción administrativa de vivienda. La idea de que solo aquellos inmuebles debidamente regularizados a efectos fiscales son susceptibles de protección penal carece de toda justificación. El contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE) no puede obtenerse a partir de una concepción topográfica del espacio en el que se desarrollan las funciones vitales.

... Por tanto, el cumplimiento de determinados requisitos administrativos, a efectos registrales, no añade un signo distintivo sin cuya concurrencia deba quedar en suspenso la protección constitucional del círculo de privacidad que cada ciudadano dibuja como frontera de exclusión frente a los poderes públicos y a terceros. Como se desprende del *factum*, el inmueble en el que se introdujo el acusado era una «... pequeña vivienda», en la que existía un dormitorio, con una cama y una puerta cerrada para excluir cualquier injerencia no consentida. El bien jurídico protegido no queda subordinado al tamaño de la vivienda ni a su regularidad administrativa. De ahí que la certificación administrativa acerca de la existencia o ausencia de cédula de habitabilidad no habría añadido nada a la efectiva existencia de un recinto en el que se desarrollaban las funciones propias de la vida personal y familiar.»

También, el Tribunal Supremo en Sentencia 1775/2000 de 17 Nov. 2000, Rec. 1458/1999 señala que:

«... debiéndose entender por la mentada morada, el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes

próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección, no solo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, y que, de vulnerarse mediante la irrupción, en ellos, de extraños, implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley; finalmente, en cuanto a la acción o dinámica comisiva, consta de un elemento positivo, esto es, entrar en morada ajena o permanecer en la misma contra la voluntad de su morador, y otro negativo, es decir, que, la referida conducta, se perpetre contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta.»

6. LA LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO, DE MEDIDAS DE EFICIENCIA Y LA AFECTACIÓN AL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA Y DE USURPACIÓN DE BIEN INMUEBLE

Una importante reforma se ha producido en los delitos de allanamiento de morada y de usurpación de bien inmueble de los artículos 202 y 245.2 CP en la LO 1/2025, de 2 de enero en la LECRIM.

Así, se añaden dos nuevas letras i) y j) a la circunstancia 2.^a del apartado 1 del artículo 795, que quedan redactadas como sigue:

«i) *Delitos de allanamiento de morada del artículo 202 del Código Penal.*

j) *Delitos de usurpación del artículo 245 del Código Penal.*»

Con ello, lo que se lleva a cabo es derivar a la vía del juicio rápido el trámite procesal ante estos dos delitos. Se trató de una enmienda al proyecto inicial introducida en el Congreso de los Diputados con el fin de agilizar la tramitación de estos procedimientos.

Sin embargo, la redacción que se ha aprobado en el artículo 795 LECRIM para añadir, tanto el delito del artículo 202 CP como el del 245 CP en la vía de las diligencias urgentes de este precepto se han omitido cuestiones importantes que debieron subsanarse en el trámite del Senado, pero no se hizo, ya que era preciso subsanar y corregir que el delito de allanamiento de morada es competencia de la Ley Orgánica del tribunal del jurado y era precisa la modificación de esta normativa para suprimir de la competencia

del jurado el delito de allanamiento de morada para evitar la desconexión del texto incluido en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero.

De la misma manera, era preciso resolver, – y tampoco se hizo– que el delito del artículo 245.2 del Código Penal es un delito leve, y que, en consecuencia, debió procederse a la modificación oportuna para admitir la regulación por la vía de las diligencias urgentes en la tramitación de este delito.

Se debió modificar, también, el artículo 14 LECRIM para introducir un apartado que dijera: *«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 795.1.2.º j) de esta Ley los procedimientos referidos al delito del artículo 245.2 CP de usurpación de bien inmueble se tramitarán por la vía de las diligencias urgentes del citado precepto en lugar de hacerlo por la vía del procedimiento de los artículos 963 y ss para los delitos leves.»*

Asimismo, la modificación de la Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado en el artículo 1.2 d) para suprimir de la competencia del jurado el delito de allanamiento de morada para acomodarlo al artículo 795 LECRIM en su nueva redacción que remite a la vía de las diligencias urgentes del juicio rápido el delito de allanamiento de morada en la nueva redacción propuesta del artículo 795.1.2.º i) LECRIM.

Y, sin embargo, se debía haber añadido un artículo 544 sexies LECRIM con la siguiente redacción que proponemos de cara al futuro:

«En los casos en que se presente una denuncia por delito de allanamiento de morada o usurpación de bien inmueble de los artículos 202 y 245 del Código Penal el juez de instrucción podrá adoptar la medida cautelar urgente de expulsión del inmueble a cualquier persona que se halle en el mismo al momento del lanzamiento y devolución posesoria al propietario del inmueble, a fin de que antes de que transcurra el plazo de 72 horas desde la denuncia sobre la ocupación indebida del inmueble se proceda a la expulsión de los ocupantes del mismo, aun cuando exista o concurra una situación de vulnerabilidad que debe entenderse ajena en cuanto a la resolución y ejecución de la medida cautelar adoptada, por cuánto se ha perpetrado un delito de ocupación ilegal de inmueble y la vulneración del artículo 9, c) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

En cualquier caso, el juez de instrucción en el mismo día de la recepción de la denuncia remitirá un atento oficio a la Administración competente en materia de vivienda alertando de la urgente fecha fijada para el lanzamiento, al objeto de que pueda proceder a la adopción de las medidas oportunas del realojamiento, en su caso, de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad a los

efectos procedentes, pero sin suspensión de la medida de lanzamiento acordada judicialmente».

Es decir, la necesidad de proceder a una regulación específica de la posibilidad de que el juez de Guardia adopte la decisión de medida cautelar de expulsión urgente por parte de los ocupantes ilegales del bien inmueble como medida específica, además de la genérica posibilidad contemplada en el artículo 13 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Se hace en esta propuesta una especial mención a que esta expulsión se producirá en el plazo máximo de 72 horas desde la petición de la medida cautelar, a fin de no dilatar la recuperación posesoria, poniéndose el acento en que no será válida la alegación de la vulnerabilidad por parte de los ocupantes ilegales de inmuebles por el incumplimiento de la exigencia del respeto de la propiedad ajena por parte de los ocupantes que exige el artículo 9 de la ley de vivienda.

En virtud de lo expuesto, se recoge expresamente en este precepto que se propone la necesidad de la adopción de esta medida cautelar urgente sin paralización de la expulsión ante el alegato de la vulnerabilidad por parte de los ocupantes, siendo en este caso la Administración la que, en su caso, deberá proceder al intento del realojo por parte de los okupas, pero sin posibilidad alguna de suspensión de la expulsión, a cuyo fin se podrá proceder a dar traslado a la Administración de forma urgente de la fecha de expulsión para que se adopten las medidas oportunas, pero sin suspensión de la decisión judicial.

A los propietarios de vivienda que han sido ocupadas lo que les interesa es la adopción de la medida cautelar urgente de expulsión antes de que transcurran 72 horas desde la denuncia, y con independencia de cualquier alegato sobre vulnerabilidad, habida cuenta que la agilización de la fecha del juicio es un complemento acertado en estos casos, pero que no es la mejor solución para los propietarios de viviendas a los que puede resultarles irrelevante cuál fuera la pena que se le puede imponer en el juicio rápido celebrado frente a los okupas.

Por ello, lo que verdaderamente le importa al propietario de vivienda ocupada es la recuperación posesoria del inmueble que ha sido ilícitamente vulnerada, y, en consecuencia, lo que reclama y aspira es a esa devolución de su posesión más que la posible pena que se pueda imponer a los que han cometido el ilícito penal.

De esta manera, se debe poner más el acento en la adopción de las medidas cautelares urgentes de expulsión que en modificaciones de penas, o, incluso, en la agilización del procedimiento, aunque en cualquier caso acudir a la vía del juicio rápido es una fórmula muy acertada, pero sin que pueda olvidarse que la adopción de medidas cautelares es la mejor

solución para que los propietarios de viviendas que han sido ocupadas recuperen la confianza en el sistema y que puedan obtener esa recuperación posesoria de forma urgente y rápida, que es la que se plasma con una medida cautelar por parte del juez de Guardia que ha recibido la denuncia o querrela y la devolución posesoria de forma inmediata.

Por todo ello, la reforma operada en el artículo 795 LECRIM tendría mejor recorrido si se le hubiera adicionado este artículo 544 sexies LECRIM, lo que reforzaría la persecución judicial ante el delito de ocupación ilegal de inmuebles en sus dos manifestaciones de allanamiento de morada y usurpación de bien inmueble, y permitirían la recuperación de la confianza en el sistema por parte de los propietarios que son víctimas de estos ilícitos penales que están causando tantos perjuicios a muchos ciudadanos en este país.

Respecto de los problemas observados de la no reforma de la Ley Orgánica del jurado y de la consideración como delito leve del artículo 245.2 CP entendemos que, en cualquier caso, existe una modificación *ope legis* por una derogación tácita por la LO 1/2025 de 2 de enero, de tal manera que, pese a todo, a partir del 3 de Abril de 2025 cualquier denuncia o querrela por estos delitos debe ser tramitado por la vía del juicio rápido a tenor del artículo 795 LECRIM con la adición expuesta por tratarse de Ley posterior con rango de Ley Orgánica que modifica la anterior en lo que se le oponga.

7. CONCLUSIONES

Como conclusiones que podemos llevar a cabo ante una reforma en materia de ocupación ilegal en cuanto al delito de allanamiento de morada del artículo 202 del código penal, podemos fijar la siguientes:

1. Es necesario la aprobación del artículo 544 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fije con claridad la adopción de medida cautelar urgente de expulsión por parte del juez de instrucción en los casos de allanamiento de morada del artículo 202, no solo del artículo 245 CP, para que el juez adopte la expulsión en un plazo máximo de 72 horas si no existe aportación de título bastante que acredite de forma clara y fehaciente la existencia de un contrato de arrendamiento, o título que habilite en el mantenimiento de la posesión por parte del denunciado como ocupante ilegal de inmueble, no siendo admisibles documentos ajenos a un contrato firmado en legal forma por el propietario que pueda acreditar que realmente existió una arrendamiento y no una ocupación ilegal de inmueble.

2. Es preciso definir legalmente el concepto de fragancia para fijar que la policía pueda acceder a un inmueble sin necesidad de orden judicial durante el plazo de 24 horas desde la ocupación ilegal hasta la expulsión, tiempo en el que concurre el concepto de fragancia para que la policía pueda expulsar a aquellos que han accedido ilegalmente a un inmueble de pertenencia ajena.

3. El juez de instrucción no deberá supeditar la concurrencia de la vulnerabilidad y la del realojo de los ocupantes ilegales en otro inmueble por parte de la Administración, – y así deberá constar en la normativa que se apruebe–, sino que tan solo dará cuenta de esta situación para que esta Administración responsable competente en la materia pueda adoptar las medidas necesarias, fijando el juez de instrucción un plazo máximo de dos semanas para que se adopten las medidas procedentes desde que sean requeridos para la expulsión de forma inmediata por la policía tras la orden del juez y que la Administración pueda comprobar la existencia de menores en el hogar, o una situación clara de vulnerabilidad, lo que dará lugar al traslado urgente a la Administración pública, concediendo un plazo máximo de un mes para la adopción de las medidas oportunas, transcurrido el cual se procederá a la expulsión inmediata del inmueble sin mayores esperas, ni retrasos, y acordándose en el auto por el que se ha trasladado a la Administración esta circunstancia, la fijación de la fecha de lanzamiento sin mayores esperas ni suspensiones, aunque la Administración no haya procedido a solucionar el problema del realojo, lo que se le advertirá en la comunicación del juez a la Administración.

4. Debe procederse a una reforma de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda incluyendo la solución a los problemas creados por la ocupación ilegal de inmuebles para recoger que:

a. Artículo 9. Deberes del ciudadano en relación con la vivienda.

Todos los ciudadanos tienen el deber de:

c) *En relación con la vivienda ajena, a disposición de otras personas, hogares, o entidades públicas y privadas, respetar la pacífica tenencia de la misma y abstenerse de la realización de cualquier tipo de actividad que la impida o dificulte, debiendo ser expulsados en el plazo máximo de 72 horas desde la ocupación ilegal, ante el análisis del juez de instrucción de la existencia de una ocupación ilegal de inmueble y que en el caso de que existen menores de 14 años en el inmueble darse traslado por el juez a la Administración pública para que adopte las medidas oportunas en un plazo*



máximo de 30 días transcurrido el cual se procederá al lanzamiento aunque la Administración haya incumplido su obligación.

b. Suprimir del artículo 11 a) la referencia de que constituya un deber de los propietarios el *Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda*.

No puede admitirse que constituya un deber utilizar y ejecutar la posesión sobre las viviendas que tenga en propiedad una persona, ya que resulta imposible ese disfrute efectivo en el caso de que los propietarios de viviendas que dispongan de más de una, ya que está en el derecho de los propietarios de viviendas el uso y disfrute de las mismas, o, incluso, tenerlas vacías, o no usarlas sencillamente, y sin que pueda constituir un deber del propietario la utilización constante y permanente de las viviendas que tiene en propiedad.

Las políticas de vivienda no deben llevarse a cabo estableciendo un deber de los propietarios de poner las mismas en alquiler, o usarlas y disfrutarlas, sobre todo en un momento en el que la tramitación de los procedimientos de desahucio se han ralentizado, obviamente, ante la concurrencia de los requisitos del análisis por el juez de primera instancia de la vulnerabilidad y de la necesidad del realojo por parte de la Administración Pública, poniendo en las espaldas de los propietarios de vivienda y arrendadores el problema de la carencia de vivienda que tiene muchos ciudadanos, por lo que existe una absoluta desconfianza en el sistema por parte de los propietarios que dificulta que estos tengan la confianza de poner sus viviendas en el mercado de alquiler ante las dificultades procedimentales existentes para recuperar la inmediata posesión de las viviendas cuando concurra alguna causa de resolución del contrato de arrendamiento.

c. Suprimir de la regulación de la LEC la suspensión del procedimiento de tramitación del desahucio por las exigencias de valorar la vulnerabilidad o del realojo. (Art. 441. 5, 6 y 7 LEC).

d. Suprimir el concepto gran tenedor de la LEC para exigirle a estos propietarios trámites extrajudiciales para el ejercicio de acciones civiles. (art. 439 LEC).

e. Acabar con las prórrogas de suspensión de lanzamiento de vivienda a los ocupantes ilegales de inmuebles y ejecutarlas de inmediato sin posibilidad de decretos de prórroga, sean cualesquiera las circunstancias socioeconómicas que concurran, debiendo ser la Administración Pública la que cumpla con la función social de la vivienda y su propia obligación de atender y cumplir el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos que por cualquier circunstancia carezcan de ella.

5. Debe evitarse que ante una intervención judicial para expulsión de okupas se pueda evitar esta por la exhibición de un título falso de arrendamiento por el que se pretenda suspender el lanzamiento para presentar un documento que simule un contrato de arrendamiento que sea falso. Y ello, mediante una disposición legal en la LAU que fije la obligatoriedad del registro de los contratos de arrendamiento en la oficina pública de la Comunidad autónoma en materia de vivienda por la que junto a la exigencia legal de consignar el importe de la fianza arrendaticia se selle por la CA el contrato de arrendamiento, a fin de evitar que los okupas puedan alegar que existe un arrendamiento con un contrato que es falso, pero que su aportación sin las exigencias de ese sello puede aparentar un arrendamiento y retrasar el lanzamiento hasta que se pudiera acreditar su contenido falsario⁽¹⁾.

Otra vía sería la exigencia de inscribir los arrendamientos en el registro de la propiedad, con lo cual también se evidenciaría, en su defecto, la falsedad del contrato exhibido por los okupas.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 281/2020 de 4 May. 2020, Rec. 3445/2018 se condenó por delito de estafa procesal del artículo 250.1.7.º CP al acusado que engañó a un órgano judicial aportando un documento en el que simulaba que su salida de la vivienda ilegítimamente ocupada era falso, pues su firma habría sido imitada. Ese engaño provocó un claro y patente perjuicio a los titulares del inmueble, y constituye un fraude procesal que llevó al juzgador a dictar varias resoluciones interlocutorias claramente perjudiciales para la acusación. Se le condenó a la pena de cuatro años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de diez meses con una cuota diaria de diez euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 560/2021 de 24 Jun. 2021, Rec. 3056/2019 se condena por simulación total de contrato de arrendamiento. Estafa procesal y usurpación de inmueble. Aportación del contrato falso como prueba documental en procedimiento de desahucio por precario con el que el entonces demandado y ahora acusado consiguió la desestimación al presentar título que legitimaba aparentemente la posesión. Penas de 4 años y 6 meses de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 14 meses en cuota diaria

(1) Propuesta realizada por CUENA CASAS, M., «Okupación y falsedad del título jurídico. Propuestas de reforma». Post publicado en el Blog de la Fundación Hay Derecho el 14 de noviembre de 2022 <https://www.hayderecho.com/2022/11/14/okupacion-ilegal-y-falsedad-del-titulo-juridico-propuestas-de-reforma/>.

de 6 euros y como autor de un delito leve de usurpación de bien inmueble, a la pena de multa de cuatro meses, con cuota diaria de 6 euros.

6. En el caso de inmuebles ocupados propiedad de personas jurídicas debe otorgarse la debida protección ante casos de «okupas».

No es posible admitir la desprotección de las personas jurídicas en materia de ocupación ilegal de inmuebles y deben adoptarse también medidas cautelares de expulsión en este caso aun en el caso de que el inmueble ocupado no esté teniendo un uso concreto por parte de la persona jurídica, dado que este tipo de situaciones han dado lugar a apropiaciones de edificios enteros por «okupas» que han creado un clima de malestar en el vecindario donde se producen los hechos. Por ello, en estos casos se debería regular que se acordará la medida cuando la víctima sea una persona jurídica de naturaleza privada, siempre que exista efectivo, riesgo de quebranto relevante para los bienes jurídicos de la misma. Y en aquellos supuestos en que el inmueble no goce de un uso o expectativa de uso actuales deberá atenderse a la concurrencia de otras circunstancias que aconsejen la adopción de la medida cautelar en todo caso, cuando la ocupación ocasiona problemas vecinales graves de convivencia causados por los ocupantes de la vivienda sin título.

**F. Remedios penales frente a la
ocupación de inmuebles (II): El delito
de usurpación de inmuebles.
Procedimientos penales para recuperar
la posesión de un inmueble: diligencia
de entrada y registro y medidas
cautelares**

Carlos Viader Castro

Magistrado

Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Sala II.

c_viader@hotmail.com

Resumen: *El delito de usurpación de bienes inmuebles sin violencia ni intimidación aparece regulado en el artículo 245.2 CP, como leve, que tipifica la ocupación ilegal de un inmueble que no es morada, lo que lo distingue de otras figuras afines, como el allanamiento de morada, el precario y el impago de rentas de alquiler. Es posible la apreciación de la eximente de estado de necesidad por vulnerabilidad económica de los ocupantes, si bien muy restrictivamente. Para el desalojo inmediato de los ilegales ocupantes, el Juzgado de Instrucción puede acordar una medida cautelar, que deberá reunir los requisitos de fumus boni iuris, periculum in mora y proporcionalidad. Es*



posible su adopción inaudita parte. La policía puede desocupar sin necesidad de autorización judicial ante la flagrancia del delito, si bien debe contar con indicios suficientes de la comisión delictiva. El desalojo mediante la fuerza sin intervención judicial no está amparado legalmente. Se proponen como medidas para acabar con el fenómeno de la ocupación una regulación transversal más detallada, coherente y completa y la adopción de medidas sociales y económicas en materia de vivienda.

Palabras clave: *usurpación, bien inmueble, medida cautelar, desalojo, estado de necesidad, flagrancia.*

Abstract: *The crime of usurpation of real estate without violence or intimidation is regulated in artículo 245.2 PC, as a minor offence, which criminalises the illegal occupation of a property that is not a dwelling, which distinguishes it from other related offences, such as breaking and entering, precariousness and non-payment of rent. It is possible to consider the exoneración of the state of necessity due to the economic vulnerability of the occupants, albeit very restrictively. For the immediate eviction of the illegal occupants, the Court can agree on a precautionary measure, which must meet the requirements of *fumus boni iuris*, *periculum in mora* and proportionality. It can be taken inaudita parte. The police can evict without judicial authorisation if the offence is flagrante delicto, although there must be sufficient evidence of the commission of the offence. Eviction by force without judicial intervention is not legally protected. A more detailed, coherent, and comprehensive cross-cutting regulation and the adoption of social and economic measures in the field of housing are proposed as measures to end the phenomenon of squatting.*

Keywords: *Usurpation, real estate, precautionary measure, eviction, state of necessity, flagrancy.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El delito de usurpación de inmueble. 2.1 Concepto. 2.2 Naturaleza. 2.3 Delimitación de figuras afines. 2.3.1 Allanamiento de morada. 2.3.2 Impago de rentas de alquiler. 2.3.3 Precario. 2.4 Eximente de estado de necesidad. 3. Medida cautelar de desalojo. 3.1 Concepto. 3.2 Requisitos. 3.3 Tramitación. 4. Intervención policial en caso de delito flagrante. 5. El ejercicio arbitrario del propio derecho. 6. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y cómo afecta al delito de usurpación de bien inmueble. 7. Propuestas de mejora. 7.1 Reforma legal que clarifique las vías de recuperación del inmueble ocupado ilegalmente por las vías civil y penal. 7.2 Regulación específica de medidas cautelares para el caso de usurpación de bien inmueble. 7.3. Regulación específica de la intervención policial en caso de flagrancia. 7.4 Elaboración de un protocolo de actuación integral para abordar los problemas de las ocupaciones ilegales de inmuebles. 7.5 Mayor dotación medios para los Servicios Sociales y mejora de la coordinación con la Administración de Justicia. 7.6 Inversión en alquiler social. 8. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La alarma social creada por los medios de comunicación en relación con la ocupación ilegal de inmuebles no ha hecho más que crecer durante los últimos años. Sin embargo, deberíamos preguntarnos si este miedo metódicamente expandido responde a la realidad, o, por el contrario, se trata de una burbuja inflada por determinados *lobbies* que persiguen sus propios intereses económicos y políticos.

Lo cierto es que el problema existe. El año 2023 cerró con 15.289 denuncias por ocupación ilegal en España, lo que supone un descenso del 8,8% respecto al año anterior, cuando se registraron 16.765 ocupaciones repartidas por las distintas comunidades autónomas⁽¹⁾. Sin embargo, pese a disminuir el número de denuncias en 2023, en 2017, el número de denuncias fue de 10.619⁽²⁾, por lo que, en seis años, el aumento ha sido de un 44%, lo que representa un dato indudablemente alarmante.

La ocupación de un inmueble, desde un punto de vista penal, puede calificarse como allanamiento de morada, cuando el inmueble constituye, a efectos legales, morada; o como usurpación, en los demás casos. En virtud de esta distinción, es evidente que el allanamiento de morada, que supone privar a su titular del lugar donde ejerce su intimidad, reviste una mayor gravedad social que la usurpación.

En el año 2021 (último dato publicado), se condenaron a 4.302 personas por usurpación, pero solo 230⁽³⁾ por el delito de allanamiento de morada, es decir, que, del total de condenados por ocupaciones de inmuebles, solo el 5% lo fue por hacerlo en uno que constituyese morada. Si se tiene en cuenta que, en 2020 (último dato publicado), el número total de hogares en España fue de 18.754.000⁽⁴⁾, vemos que la ocupación ilegal de inmuebles que realmente preocupa a la sociedad, como es la que afecta a una vivienda donde efectivamente residen personas, es, al menos estadísticamente, completamente residual.

Sin embargo, el dato es relativo a los *condenados*, es decir, aquellas personas que, una vez incoado un procedimiento penal, han resultado condenadas mediante sentencia judicial firme, lo que no siempre representa una imagen real de la verdadera delincuencia. En este sentido, no son pocas las trabas que el perjudicado por los delitos relativos a la ocupación inmobiliaria encuentra a la hora de verse restituído en su derecho, ya que el sistema penal no siempre es efectivo, ni, desde luego, rápido. Es

(1) Ministerio del Interior.

(2) Ministerio del Interior.

(3) INE.

(4) INE.

precisamente esa falta de eficiencia lo que ha dado lugar a la proliferación de empresas *Desokupa*.

En este capítulo, analizaremos el delito de usurpación de bien inmueble, no solo su regulación, características esenciales, y las medidas cautelares que existen para la restitución del derecho, sino también cuáles podrían ser la reformas que habrían de ser acometidas para que los propietarios puedan recuperar su inmueble con mayor velocidad y garantías.

2. EL DELITO DE USURPACIÓN DE INMUEBLE

2.1 Concepto

Como adelantábamos, cuando hablamos del fenómeno de la *okupación*, son dos las figuras delictivas las que deben ser objeto de análisis: por un lado, el allanamiento de morada, objeto de estudio en el capítulo anterior; y, por otro, el delito de usurpación de bien inmueble sin violencia ni intimidación en las personas, que ahora examinaremos.

Su tipificación la encontramos en el artículo 245.2 CP, cuya ubicación sistemática se encuentra en el Capítulo V (*De la usurpación*), del Título XIII (*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*), del Libro II (*Delitos y sus penas*), que dispone que *El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses*.

En cuanto al bien jurídico protegido, la Audiencia Provincial de Albacete, en su sentencia 526/2022, de 24 de octubre, dispone que:

Buena parte de las resoluciones de diversas Audiencias Provinciales se han inclinado por entender que el bien jurídico protegido de este delito estriba no tanto en el derecho de propiedad, o en la situación jurídica denominada por la doctrina posesión civil, sino en la conocida como posesión natural o material.

Así, la intervención penal sobrevenida obliga a los Tribunales de este orden jurisdiccional a una interpretación, que, acorde con los principios básicos que informan al Estado de Derecho, permita establecer el límite que separa el ámbito de protección del interdicto posesorio y del precepto penal. Se trata de establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes, que permitan resolver en cada situación particular la posible tipicidad de la conducta concreta realizada.

En conclusión, el bien jurídico protegido lo constituye la posesión material del bien que determina el señorío directo sobre la cosa, y cuyo contenido es el goce y disfrute de la misma. Por esta razón, para poder considerar que un determinado supuesto de hecho sea constitutivo de un delito de usurpación del artículo 245.2 CP es necesario que se haya perturbado, con la acción presuntamente delictiva, la llamada «posesión inmediata», o «real y efectiva», del bien inmueble en cuestión y no solamente la llamada «posesión civil» inherente a la propiedad.

La delimitación del bien jurídico protegido tiene trascendencia práctica en el presente caso, ya que, al identificarlo con la llamada *posesión inmediata*, o *real y efectiva*, quedan fuera del ámbito penal muy frecuentemente la ocupación de inmuebles de propiedad de bancos, fondos de inversión y sociedades patrimoniales, que no pocas veces se encuentran abandonados o sin mantenimiento. Estas entidades, en estos supuestos, tendrán que recurrir a la vía civil para recuperar sus inmuebles.

La STS 800/2014, de 12 de noviembre, estudia el artículo 245.2 CP en profundidad, y fija la doctrina sobre los elementos que lo conforman, la cual ha sido recordada recientemente por la STS 432/2024, de 17 de mayo, por lo que continúa plenamente vigente. Así, dispone que dichos elementos son:

a) *La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia;*

b) *Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (Art 49 3.º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo;*

c) *Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y*

el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión;

d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio «contra la voluntad de su titular», voluntad que deberá ser expresa;

e) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada.

Sobre la base de esta definición, la Audiencia Provincial de Barcelona ha recordado en su sentencia 313/2024, de 2 de abril de 2024, que no serían, por tanto, punibles, las siguientes conductas:

1) las ocupaciones transitorias u ocasionales sin ánimo de ejercer derechos posesorios, como pueden ser las meras entradas para dormir; 2) las ocupaciones que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabitabilidad o ruina total; y 3) los casos en que la posesión se concede por el titular del bien, ya sea como consecuencia de un contrato ya sea por concesión de un verdadero y propio precario, o en aquellos otros en que por efecto también de un contrato el que está poseyendo adquiere la obligación de entregar la posesión a la contraparte contractual.

Uno de los principales problemas que se plantean entorno al delito de usurpación de bien inmueble es si los sujetos activos de este delito, una vez que se han introducido en el inmueble, son titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, *ex* artículo 18.2 CE.

Así lo ha considerado parte de la doctrina, que ha dispuesto que, cuando la *okupación* se hace de un inmueble que no constituye morada, es decir, cuando estamos en un auténtico supuesto de usurpación de bien inmueble, «si el *okupa* destina el mismo a constituir su vivienda, el legítimo propietario habrá de acudir al juez para obtener el desalojo efectivo. En estos casos, la inviolabilidad del domicilio prima sobre el legítimo derecho del propietario⁽⁵⁾».

Considero que esta afirmación es merecedora de una matización. En este sentido, no entiendo que los *okupas* sean titulares del derecho fun-

(5) Fuentes: Rojo Rius, A., coordinador, «¿Tiene el *okupa* protección posesoria?», *Diario La Ley*, Actualidad Civil núm. 2, Sección Derecho de los contratos / Debate jurídico, febrero de 2022.

damental a la inviolabilidad del domicilio, sino que, ante el hecho de que están viviendo, y ejerciendo su intimidad pacíficamente en un inmueble, existe una suerte de presunción *iuris tantum* de que los *okupas* son titulares de dicho derecho, basada en la apariencia de que *efectivamente* tienen derecho a residir allí, la cual únicamente podrá ser desvirtuada en virtud de un procedimiento judicial, con la finalidad de evitar la comisión de un delito de ejercicio arbitrario del propio derecho, como veremos.

Esta presunción, sin embargo, como también abordaremos, no debería operar en los supuestos en los que es evidente, en virtud de una mera comprobación visual, que el inmueble ha sido ocupado, en cuyo caso el delito es flagrante, y, por ende, el desalojo puede acometerse inmediatamente.

2.2 Naturaleza

En atención a la pena (multa de 3 a 6 meses), se configura como un delito leve, en virtud de los artículos 33.4.g (*es pena leve la pena de multa de hasta tres meses*), y 13.4 CP (*cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve*), por lo que su enjuiciamiento deberá seguirse conforme a lo dispuesto en el Libro VI LEcrim (*del procedimiento para el juicio sobre delitos leves*).

Ahora bien, en virtud de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, se añade el delito de usurpación de bien inmueble *ex art.* 245 CP al listado del delitos que deben ser resueltos mediante el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, de modo que, entiendo que, cuando se reúnan los requisitos del artículo 795 LECRIM se deberá seguir el trámite del enjuiciamiento rápido, y, cuando no sea así, el del delito leve, con la paradoja de que el primer procedimiento cuenta con fase de instrucción, y el segundo no, lo que podría conllevar que la reforma, en lugar de acortar el trámite, lo alargue.

2.3 Delimitación de figura afines

2.3.1 Allanamiento de morada

Artículo 202 CP: la esencial diferencia respecto del delito de usurpación de bien inmueble reside en que, mientras que el allanamiento tiene por objeto la protección de una *morada*, es decir, de un domicilio, y, por ende, del derecho constitucional a su inviolabilidad, artículo 18.2 CE (no

en vano, está ubicado en el Título X del Libro II, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*); la usurpación de bien inmueble ampara el derecho de propiedad sobre un *inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada*.

Por tanto, se hace necesario distinguir el inmueble que se constituye como morada a efectos penales de aquél que no debe considerarse como tal, ya que, en el primer caso estaremos ante allanamiento de morada, y, en el segundo, de usurpación de bien inmueble. En este sentido, la STS 954/2022, de 13 de diciembre, dispone que:

El concepto de morada como equiparable a domicilio no coincide en términos estrictos con la noción de este efectos administrativos o civiles, sino que abarca todo espacio en el que se ejerce la privacidad. De esta manera se incluyen en el ámbito de protección del artículo 202 CP las viviendas destinadas a usos vacacionales o segundas residencias, aptas para ser ocupadas por sus titulares o quienes estos autoricen.

Por ello, el sujeto pasivo del delito de usurpación es el titular-propietario del inmueble-vivienda no constitutivo de morada, o poseedor legítimo, que puede ser una persona física o una persona jurídica de carácter privado o público, o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública⁽⁶⁾. También es sujeto pasivo el arrendatario, el usufructuario o la persona con derecho a poseer dicho inmueble, si bien es necesario que esté desocupado, por lo que no puede haber inquilinos ni usufructuarios poseyendo, en calidad de morada, el inmueble, en el momento de la ilícita posesión de éste⁽⁷⁾.

2.3.2 *Impago de rentas de alquiler*

En el caso de un inmueble arrendado, cuando el arrendatario deja de abonar las rentas, no nos encontramos ante un supuesto penal, como se cree popularmente, sino de incumplimiento contractual que debe ser resuelto mediante las herramientas que prevé la LEC, como es el juicio verbal de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas al arrendador del artículo 250.1.1.º LEC, para el que el legislador, durante los últimos años, ha introducido numerosas modificaciones con la finalidad que mejorar la agilidad en su tramitación.

(6) GUTIÉRREZ ALBENTOSA, J. M., «Conceptos básicos sobre el delito de usurpación de inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 9763, Sección Doctrina, 4 de enero de 2021.

(7) Fiscalía Provincial de les Illes Balears, Instrucción de 10 de junio de 2019, p. 2.

Ahora bien, si el inquilino, desde un principio, tuvo voluntad de no abonar las rentas del alquiler, de modo que ejecuta una ocupación ilegal de inmueble bajo la apariencia de un contrato de arrendamiento, que, en principio, pretende evitar el ejercicio de la acción penal por el propietario por la vía del allanamiento de morada y/o usurpación de bienes inmuebles, podríamos estar hablando de un delito de estafa *ex* artículo 248 CP⁽⁸⁾.

2.3.3 *Precario*

Su concepto, elaborado por el Tribunal Supremo, comprende casos de posesión concedida, de posesión tolerada y de posesión sin título: 1) La posesión concedida tiene su causa en una concesión graciosa, que supone un título contractual que legitima al precarista en su posesión precaria, si bien se extingue al producirse la revocación del concedente; 2) En la posesión tolerada, hay una situación iniciada por el precarista sin previa concesión o voluntad expresa, pero que implica una actitud de condescendencia o de beneplácito, que es también revocable en cualquier tiempo.

De este modo, cuando ese consentimiento del titular se revoca, nos encontramos con la paradoja de que, tratándose de un supuesto que reúne todos los requisitos objetivos y subjetivos del delito de usurpación *ex* artículo 245.2 CP, se conceptúa como un mero ilícito civil que se tramita a través del juicio verbal de desahucio por precario *ex* artículo 250.1.2.º LEC⁽⁹⁾, con la consiguiente confusión de jurisdicciones.

Asimismo, es también común en la práctica judicial la interposición de denuncias en supuestos civiles, lo que supone un retardo importante en la solución de la ocupación, por cuanto se debe esperar al sobreseimiento de la causa, o al dictado de una sentencia absolutoria para recurrir a la vía civil, máxime si se tiene en cuenta la demora en la tramitación de la que adolecen nuestros Juzgados.

2.4 **Eximente de estado de necesidad**

Es común que, por parte de la defensa de un investigado por un delito de usurpación de bien inmueble, se alegue la eximente del estado de necesidad *ex* artículo 20.5.º CP, sobre la base de que la *okupación* respon-

(8) MAGRO SERVET, V., «¿Puede ser delito de estafa? El fenómeno de la “iniquiokupación»», *Diario La Ley*, núm. 10268, Sección Doctrina, 17 de abril de 2023.

(9) GUTIÉRREZ ALBENTOSA, J. M., «Conceptos básicos...», cit., p. 5.

de a una precaria situación económica. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 328/2024, de 17 de junio, ha dispuesto que *esa situación –económicamente difícil–, si bien podría componer un escenario que podría llevar a apreciar cierta minoración de la responsabilidad criminal ante una necesidad puntual (acceder a una vivienda sin autorización, con hijos a cargo), con una ocupación temporal, se diluye cuanto más se mantiene en el tiempo.*

Por su parte, la Audiencia Provincial de Sevilla, en su sentencia 224/2024, de 27 de mayo, dispone que:

La doctrina jurisprudencial tiene establecido que la situación económica de una persona, solo en casos muy excepcionales, puede llegar a justificar la comisión de un hecho delictivo. También hay que tener en cuenta que la esencia de la eximente radica en la inevitabilidad e inminencia del conflicto, y se exige, además, que el mal ha de ser actual, inminente y grave. Desde la perspectiva subjetiva del delito la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado excluiría el estado de necesidad. Por último, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

Y finaliza desestimando la petición de aplicación de esta eximente sobre la base de que:

No cabe aplicar la eximente de estado de necesidad como completa ni incompleta, pues conforme a lo señalado, no se ha acreditado por medio alguno de prueba, que la denunciada, haya experimentado alguna pérdida repentina de ingresos o actividad laboral, u otro grave contratiempo patrimonial ni tampoco que no hubieran algunas otras vías alternativas, institucionales como los servicios sociales, o familiares, no acreditándose por medio alguno de prueba la inexistencia de familiares que pudiera ayudarle, no alegándose tan siquiera por la denunciada en el acto del juicio el desencuentro con su madre que se alega en el recurso por primera vez como causa de ocupación de la vivienda oral, ni acreditándose que la denunciada haya solicitado ayudas, ni en concreto una vivienda a los servicios sociales que le haya sido denegada.

En el mismo sentido, la sentencia 379/2024, de 2 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestima la petición de esta eximente porque *no solo no consta de manera clara y diáfana la existencia de una situación de extrema necesidad que justifique la conduc-*

ta, sino que tampoco se hace constar la utilización de los mecanismos necesarios que permitan entender por cumplido el requisito de la subsidiariedad.

3. MEDIDA CAUTELAR DE DESALOJO

3.1 Concepto

Cuando un inmueble es *okupado*, el principal objetivo de su titular es recuperarlo lo más rápidamente posible, es decir, sin esperar a que los *okupas* sean condenados mediante una sentencia penal firme. Jurídicamente, este objetivo puede ser alcanzado mediante la adopción de la medida cautelar de desalojo y restitución del inmueble, mediante la cual se pretende desalojar a los ilegítimos ocupantes del inmueble, y que este sea recuperado por su titular.

Como nos recuerda el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 259/2007, entre otras).

Así, el artículo 13 LEcrim dispone que *se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley.*

Este artículo abarca la citada medida cautelar de desalojo y restitución, y así lo ha entendido la jurisprudencia menor. En este sentido, el auto 402/2024, de 15 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, dispone que:

El artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, [...], consagra el principio de protección a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art.544 bis o la orden de protección prevista en el art.544 ter de la referida ley, pero sin que quede restringida a estas medidas cautelares citadas en la ley las posibles medidas cautelares a adoptar que se extienden a to-

das aquellas que tiendan a la protección efectiva de los ofendidos o perjudicados por el delito, entre ellas, en el caso del delito de allanamiento de morada o del delito leve de usurpación pacífica de bienes inmuebles que es el que aquí nos ocupa, la medida cautelar de desalojo de la finca ocupada.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 13 de diciembre de 2018 –*asunto Casa di Cura Valle Fiorita SRL contra Italia* –, recuerda que la demora prolongada de las autoridades públicas en la ejecución del desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble (aun en aquellos casos en los que obedezca a la necesidad de planificar y garantizar la asistencia social a las personas en situación de vulnerabilidad) vulnera el derecho del poseedor legítimo a un proceso equitativo del artículo 6.1 CEDH, así como, en su caso, el derecho de propiedad proclamado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH.

3.2 Requisitos

Una vez sentado que es posible la adopción de la medida de desalojo, debemos analizar cuáles son los presupuestos que deben concurrir para su adopción.

La respuesta la encontramos en el artículo 764 LEcrim, que se remite al artículo 728 LEC, en cuyo apartado primero se dispone que *solo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*; y, en su segundo, que *el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión*, es decir, que los requisitos son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, además de la proporcionalidad.

En este sentido, la sentencia 355/2024, de 16 de abril de 2024, de la Audiencia Provincial de Burgos, dispone que:

El desalojo de los ocupantes de una vivienda requiere, como toda medida cautelar, la concurrencia de dos requisitos: a) la existencia de indicios racionales y relevantes de la comisión del delito



de usurpación pacífica de bienes inmuebles, previsto y penado en el artículo 245.2 C, esto es, que se objetive una apariencia de buen derecho (fumus boni iuris); y b) la existencia de una situación objetiva de riesgo de vulneración del bien jurídico protegido (periculum in mora). En este caso se ve afectada la legítima posesión del inmueble por el perjudicado, y el perjuicio ya se ha consumado y despliega sus efectos con carácter permanente mientras dure la ocupación ilegal, por lo que requiere de la medida cautelar con el fin de conseguir el cese de la situación antijurídica y la restauración del orden jurídico vulnerado. Nada obsta, por otra parte, a que la medida cautelar se adopte aun tratándose de un delito leve ni tampoco que se adopte en el marco del procedimiento para el juicio sobre delitos leves (arts. 962 y ss. LECR) que es el que corresponde a este tipo de delitos.

Esta medida cautelar, en caso de ser estimada, producirá una evidente restricción de derechos fundamentales de la persona llamada a cumplirla, pues podría haber constituido su morada en el inmueble usurpado, por lo que la decisión judicial afectaría a derechos de rango fundamental, lo que requiere la efectiva ponderación de todas las circunstancias concurrentes para determinar qué derecho resulta sacrificado. Por lo tanto, como toda restricción de un derecho fundamental, ha de estar presidida, en primer lugar, por un fin constitucionalmente legítimo que la justifique y, en segundo lugar, ha de cumplir el canon de proporcionalidad.

En cuanto a esta proporcionalidad, la Fiscalía Provincial de Valencia⁽¹⁰⁾ dispone:

Que (la proporcionalidad) no ha de venir determinada por la calificación jurídica de los hechos, delito leve, sino por las circunstancias concretas del supuesto. No podemos olvidar que el delito de usurpación de bien inmueble se enmarca en los delitos contra el patrimonio por lo que habrá que realizar una ponderación de las circunstancias concurrentes (estado del inmueble ocupado, explicación ofrecida por los ocupantes, realización de actividades en el inmueble que puedan resultar dañinas o peligrosas, necesidad del titular de disponer con urgencia de la posesión, etc.). En este sentido será necesario que se haya desplegado una mínima actividad

(10) Fiscalía Provincial de Valencia, «Unificación de criterios de actuación respecto del delito del artículo 245.2 CP (ocupación de bien inmueble sin violencia ni intimidación», Decreto de 20 de agosto de 2020.

de comprobación de al menos tres extremos: la titularidad del inmueble, falta de autorización y ausencia de título legítimo en la ocupación.

A todo lo anterior se une la obligatoriedad de la prestación de caución, *ex* artículo 764.2 LEC.

3.3 Tramitación

La Fiscalía General del Estado⁽¹¹⁾ dispone que, a pesar de que el artículo 13 LECrim permite la adopción de las medidas cautelares objeto de análisis *inaudita parte*, el escrupuloso respeto por las garantías del investigado aconseja que el afectado por la medida disponga de la posibilidad de aportar el título que considere pueda justificar su posesión del inmueble, así como de ofrecer su versión de los hechos.

No obstante, señala la Fiscalía, en aquellos casos en los que el investigado desoyera la citación sin alegar justa causa, el Ministerio Fiscal deberá interesar la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, si bien velando por que se confiera traslado de la petición al abogado defensor, conforme a lo dispuesto por el artículo 967.1 párrafo 2.º LECrim y a fin de que pueda efectuar las alegaciones que estime oportunas en defensa de su defendido.

La petición *inaudita parte* de la medida cautelar de desalojo también podrá solicitarse en aquellos casos en los que la citación del investigado, o incluso su identificación, no puedan llevarse a efecto a causa de la deliberada actuación de éste. Si bien resulta inviable el dictado de una condena respecto al ignorado ocupante de la vivienda ilícitamente allanada o usurpada, no existe obstáculo alguno que impida, en esas mismas condiciones, la adopción de una medida cautelar dirigida a preservar los bienes jurídicos de que sean titulares los legítimos poseedores del inmueble.

Debemos llamar la atención sobre el hecho de que esta medida cautelar no solo puede solicitarse antes del juicio oral, sino también con posterioridad en el acto del plenario, con la finalidad de evitar que, en caso de dictarse sentencia condenatoria, la situación antijurídica se prolongue en el tiempo hasta que la resolución devenga firme.

(11) Fiscalía General del Estado, «Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles», publicado en el *BOE* de 25 de septiembre de 2020.

4. INTERVENCIÓN POLICIAL EN CASO DE DELITO FLAGRANTE

No siempre se necesita una autorización judicial para la ejecución de un desalojo, ya que es posible una intervención policial si el delito se considera flagrante. El artículo 795 LECrim dispone que *se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto*. Al tratarse el delito de usurpación de bien inmueble de un delito permanente⁽¹²⁾, la flagrancia se mantendría todo el tiempo que el inmueble se encuentre ocupado ilegítimamente.

Ahora bien, ello no implica que la entrada policial pueda acometerse en cualquier momento, sino únicamente en aquellos supuestos en que el hecho mismo de la ocupación sea tan cercano en el tiempo que puedan apreciarse evidencias de que el inmueble no ha llegado a transmutarse en ese *santuario* de la privacidad que cuenta con la pantalla protectora de la inviolabilidad domiciliaria. Evidencias que lleven a la correspondiente dotación policial a constatar que la ocupación se está materializando en ese mismo momento, desde su apreciación por propia iniciativa o por el aviso de vecinos o particulares de que se está produciendo en ese momento la ocupación (la puerta de entrada está fracturada, y las herramientas aparentemente empleadas para ello están junto a la puerta) o el carácter reciente de la ocupación (se aprecia desde el exterior cómo colchones, bolsas de ropas o enseres se encuentran simplemente apilados a la entrada o alguna de las dependencias del inmueble) no deberían comportar ningún obstáculo para llevar a efecto el desalojo de forma expeditiva, sin necesidad de acudir al auxilio de la autoridad judicial⁽¹³⁾.

Esta intervención policial, sin necesidad de autorización judicial, permitirá la restitución, asimismo, del inmueble a su legítimo titular, como efecto del delito que es el inmueble supuestamente usurpado, lo que encuentra su arraigo en el artículo 15 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (*los Estados miembros garantizarán que, previa decisión de una autoridad competente, se devuelvan sin demora a las víctimas los bienes restituidos que les hayan sido incautados en el curso de un proceso penal*), y se infiere del mandato de los artículos 334 y 338, en relación con los artículos 282, párrafo primero y 284.3, todos de la LECRIM. Asimismo, el

(12) STS 432/2024, de 17 de mayo.

(13) RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «¿Es jurídicamente posible el desalojo inmediato de viviendas objeto de un delito leve de ocupación ilegal?», *Diario La Ley*, núm. 9701, Sección Doctrina, 22 de septiembre de 2020.

artículo 11.1, g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad reconoce una competencia genérica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en concreto, para *asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente* ⁽¹⁴⁾.

José Luis Rodríguez Lainz ⁽¹⁵⁾ es muy gráfico cuando dice que, mientras que cuando un vigilante de seguridad de un supermercado descubre cómo un cliente se introduce entre sus ropas varias cajas de berberechos y llega a abandonar el establecimiento sin pagarlos, nadie entra a discutir por qué se procede a la restitución inmediata de dichas cajas al supermercado, sin embargo, las trabas legales y procesales para la recuperación de un inmueble cuando es indebidamente ocupado son enormes, trabas que, añadido, se basan en la presunción *iuris tantum* del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la que se benefician los *okupas*.

Se podría argumentar, en contra de lo que señala Rodríguez Lainz, que una vivienda no es una lata de berberechos, de modo que su restitución, por el perjuicio que le supone al (ilegítimo) poseedor, como es quedarse sin vivienda, debe estar revestido de garantías judiciales, al estar en juego un derecho fundamental de especial relevancia constitucional.

En cuanto a la detención del *okupa*, una vez desalojado el inmueble, no cabe, al configurarse el delito de usurpación de bien inmueble como leve, salvo que no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, *ex* artículo 495 LEcrim.

5. EL EJERCICIO ARBITRARIO DEL PROPIO DERECHO

Como adelantábamos, ante la deficiente respuesta por parte de los Juzgados, cada vez son más las empresas que se han especializado en desalojar a los *okupas*, lo que supone su expulsión mediante el empleo de la fuerza al margen de la necesaria intervención judicial. Existe una gran confusión social en torno a si estas prácticas cuentan con amparo legal.

Pues bien, si la función de la empresa se limita a mediar entre propietarios e ilegítimos ocupantes, la conducta es conforme a nuestra legislación. Ahora bien, todos aquellos que no acudan a los tribunales para recuperar la posesión y empleen medios violentos o intimidatorios podrían estar cometiendo el delito de realización arbitraria del propio derecho del artículo 455

(14) RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Discrepancias y refutaciones a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2020 sobre medidas cautelares de desalojo de inmuebles ocupados ilegalmente», *Diario La Ley*, núm. 9709, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2020.

(15) Magistrado titular del Juzgado de Instrucción 4 de Córdoba.

CP, que dispone que *1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.*

Este delito lo cometerían tanto el poseedor que contrate la empresa como los administradores de la empresa y sus trabajadores⁽¹⁶⁾.

6. LA LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO, DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y CÓMO AFECTA AL DELITO DE USURPACIÓN DE BIEN INMUEBLE

En lo que se refiere a cómo ha afectado esta reciente norma al delito de usurpación de bien inmueble, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo relativo al delito de allanamiento de morada, donde se acomete la materia en profundidad.

Solo hay que destacar aquí que su más importante innovación ha sido derivar a la vía del juicio rápido el trámite procesal de los delitos de allanamiento de morada *ex* artículo 202 CP, y de usurpación de inmuebles *ex* artículo 245 CP, vía la modificación del artículo 795.1.2.º LECRIM, lo que, *a priori*, supone un gran avance, sin perjuicio de lo incompleto e incoherente de la reforma, como explica amplia y acertadamente Vicente Magro en su capítulo.

7. PROPUESTAS DE MEJORA

7.1 Reforma legal que clarifique las vías de recuperación del inmueble ocupado ilegalmente por las vías civil y penal

De lo expuesto en la presente obra se infiere que son numerosas las vías para la recuperación de un inmueble cuando este es ocupado ilegalmente. Sin embargo, la práctica judicial demuestra que existe una enorme confusión entre los profesionales y operadores jurídicos en relación con cuándo nos encontramos antes un ilícito civil y cuándo ante uno penal. Y ello responde, inevitablemente, a la falta de claridad de nuestra legislación.

(16) FRÍAS MARTÍNEZ, E., «El fenómeno de la ocupación. Aspectos civiles, penales y procesales», *Diario La Ley*, núm. 9768, Sección Doctrina, 12 de enero de 2021.

En lo que a este capítulo atañe, el artículo 245.2 CP es tan escueto, que ha dado lugar a numerosas interpretaciones tanto en cuanto al bien jurídico protegido (concretamente en relación con el tipo de posesión que protege), como en lo que respecta a la duración temporal que la ocupación debe tener para que sea delictiva. En este sentido, hemos dicho que la jurisprudencia dispone que la posesión amparada por el delito es la real, material, y efectiva, y que la ocupación debe tener notas de permanencia, sin que, sin embargo, estas matizaciones aparezcan en el tipo.

Esta deficiencia ha provocado que numerosos procedimientos judiciales penales se hayan saldado con sentencias absolutorias por no concurrir dichas notas jurisprudenciales (que no legales), lo que ha dado lugar a que se extienda socialmente la creencia de que los juzgados de instrucción son inútiles para la recuperación de la posesión de los inmuebles, que, efectivamente, lo son, en aquellos supuestos de posesión ilícita de un inmueble que no revisten trascendencia delictiva.

Igualmente, nos encontramos con supuestos que sí son subsumibles en el artículo 245.2 CP que, sin embargo, son objeto de enjuiciamiento en el ámbito civil, lo que ha dado lugar a una paradójica situación en la que casos civiles se tratan de resolver de forma frustrante en el ámbito penal, y supuestos delictivos penales en el civil, lo que no ocurriría si el tipo penal fuese más claro.

En este sentido, sería enormemente útil, y más conforme al principio de legalidad *ex* artículo 9.3 CE, que, en el artículo 245.2 CP, se concretase, por un lado, el número de días que son necesarios para que se entienda que existe delito; y, por otro, el tipo de posesión que debe ostentar su titular sobre el inmueble para que quede amparado penalmente.

El legislador debe perder el miedo a una regulación más completa del artículo 245.2. En este sentido, resulta extraño que haya reformado recurrentemente la tipificación determinadas conductas delictivas, en el sentido de hacer los tipos más complejos, y, sin embargo, mantenga inalterado el artículo 245.2 CP, cuya breve redacción es evidente que está dando lugar a importantes problemas, los cuales son especialmente relevantes si se tiene en cuenta la alarma social que la *okupación* provoca actualmente.

7.2 Regulación específica de medidas cautelares para el caso de usurpación de bien inmueble

Los ríos de tinta que han corrido doctrinal y jurisprudencialmente para dilucidar si se podía adoptar una medida cautelar de desalojo inmediato de *okupas* en el caso del artículo 245.2 CP, lo cual planteaba numerosos problemas profusamente analizados por la doctrina ante su configu-

ración como delito leve, se habría evitado si se hubiese acometido una regulación específica de medida cautelar para estos supuestos. En este sentido, Vicente Magro⁽¹⁷⁾, ha propuesto ya desde 2021⁸, y, por última vez, en 2023⁽¹⁸⁾, que se reforme la LEcrim en el sentido de que se incorpore un nuevo artículo (544 sexies), que dispusiese:

1. *En los procesos relativos a allanamientos de morada o usurpación de bienes inmuebles o de un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, el Juez o Tribunal podrá acordar motivadamente el desalojo en el plazo máximo de 48 horas desde la petición a instancia de parte legítima o desde la remisión del atestado policial, sin necesidad de la prestación de caución, si los ocupantes del inmueble no exhibieran en dicho plazo el título jurídico que legitime la permanencia en el inmueble.*

2. *Cuando con motivo de la adopción y ejecución del desalojo al que alude el apartado primero se pusiera de manifiesto la existencia de personas en riesgo de exclusión social o de especial vulnerabilidad o una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, el Juez o Tribunal lo comunicará inmediatamente a la entidad pública local o autonómica competente en materia de servicios sociales y de protección de menores así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias».*

Como ello, como señala el Magistrado, se otorga al juez de instrucción un específico y especializado poder para evitar la perpetuación posesoria del *okupa*, lo que permitiría resolver de forma inmediata la indebida posesión que se detenta por quienes han accedido a un inmueble sin derecho alguno para ello.

7.3 Regulación específica de la intervención policial en caso de flagrancia

Con la legislación actual, como hemos visto, es posible que la policía, ante un caso de usurpación de bien inmueble, pueda, sin necesidad de intervención judicial, proceder al desalojo de los ocupantes ilegales, si bien se requiere, para ello, que existan indicios claros externos que permitan a la policía presumir racionalmente que está teniendo lugar una usurpación de bien inmueble.

(17) Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

(18) MAGRO SERVET, V., «La eficacia de las medidas cautelares ante la ocupación de bienes inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 10219, Sección Doctrina, 1 de febrero de 2023.

Sin embargo, muchas son las ocasiones en las que nos encontramos con cierta reticencia por parte del cuerpo policial para realizar una intervención de este tipo, y ello responde a la falta de claridad legislativa en este caso, es decir, a su temor a incurrir en responsabilidades disciplinarias, administrativas o incluso penales por proceder a irrumpir en un inmueble sin causa que lo ampare. La solución para acabar con esa reticencia pasa por una regulación más clara y específica sobre los casos en los que la policía puede ejecutar estas intervenciones sin miedo a consecuencias indeseadas, que deberá conllevar la formación a estos cuerpos que asegure que actúen conforme a ella.

7.4 Elaboración de un protocolo de actuación integral para abordar los problemas de las ocupaciones ilegales de inmuebles

En línea con las reformas legales anteriores propuestas, y como señala José Hidalgo García⁽¹⁹⁾, es innegable la conveniencia de la elaboración de un protocolo de actuación integral para abordar los problemas de las ocupaciones ilegales de inmuebles, que serviría de guía a la Policía Judicial, a los Servicios Sociales –para los casos en que se haga necesaria una actuación o asistencia social–, y a Jueces y Fiscales. Esa necesidad se refuerza, tras la emisión, por la Fiscalía General del Estado, de la Instrucción 1/2020 de 15 de septiembre de 2020, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles⁽²⁰⁾.

Con ello, se trataría de unificar la actuación de todos los operadores citados implicados en la lucha contra la *okupación*, con la finalidad de dotar de seguridad jurídica los procedimientos de recuperación de inmuebles, dada la disparidad de criterios que encontramos prácticamente en cada Juzgado.

7.5 Mayor dotación medios para los Servicios Sociales y mejora de la coordinación con la Administración de Justicia

El problema de la *okupación* está normalmente relacionado con situaciones de pobreza y vulnerabilidad. Por ello, los procesos de usurpación

(19) Inspector Fiscal de la Inspección Fiscal de la Fiscalía General del Estado.

(20) HIDALGO GARCÍA, J., «Hacia un protocolo de actuación integral en materia de ocupaciones de viviendas y bienes inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 9719, Sección Tribuna, 20 de octubre de 2020.

de inmueble no deben restringirse al ámbito penal, sino que deberían contar con una mayor implicación de los Servicios Sociales, con la finalidad de que estos puedan proporcionar alternativas habitacionales a los *okupas* que realmente lo necesiten, especialmente si concurren menores o personas con discapacidad. No debe descargarse sobre el propietario la carga de mantener en un inmueble de su propiedad a familias vulnerables, sino que debe ser el Estado el que aborde ese problema, lo que necesariamente exige una mayor inversión en estos recursos.

Asimismo, la coordinación de los juzgados y los Servicios Sociales debe intensificarse, con la finalidad de que los operadores jurídicos tengan una visión real de los problemas que existen detrás de cada *okupación*, lo que también revestiría de utilidad de cara a la apreciación, o no, de la eximente por estado de necesidad.

7.6 Inversión en alquiler social

Hemos abordado las posibles soluciones legales y judiciales. Sin embargo, también aproximarnos a este problema desde una perspectiva social y, para eso, se debe analizar quiénes son las personas que *okupan* las viviendas y cuáles son las causas que los ha llevado a tomar la decisión de delinquir para poder dormir bajo un techo.

El aumento del precio del alquiler se ha disparado en los últimos años. Desde 2016, el incremento ha sido de aproximadamente un 40 %⁽²¹⁾. Sin embargo, el salario medio actual aún no ha recuperado el poder de compra que tenía en 2009⁽²²⁾.

A pesar de dicha realidad, la administración pública no ha producido suficiente vivienda social de alquiler. El alquiler social solo representa el 2,5 % del total de las viviendas públicas en España⁽²³⁾, ocurriendo que el gasto directo en vivienda pública se ha reducido drásticamente en los últimos años, lo que supone que el 75 % del desembolso en vivienda se centre básicamente en la inversión indirecta en el sector privado⁽²⁴⁾. Ese 2,5 % coloca a España muy por debajo de la media de la Unión Europea (9,3 %), y lejos de otros países de nuestro entorno, como Países Bajos (30 %), Austria (24 %), y Francia (16,8 %)⁽²⁵⁾, a pesar de tratarse de países con un nivel de renta per cápita muy superior al de España.

(21) INE.

(22) INE.

(23) INE y Eurostat.

(24) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «Gestión híbrida de la vivienda social. Hacia modelos colaborativos de provisión pública al margen del lucro», *Estudios de Progreso*, Fundación Alternativas.

(25) Observatorio de la Vivienda y el Suelo, Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana.

Visto el dispar ritmo de crecimiento de unos datos y otros, no es de extrañar que, en 2022, el 26,5% de la población residente en España estuviese en riesgo de pobreza o exclusión social y que un 9% se encontrase en situación de carencia material severa⁽²⁶⁾.

Por ello, abordar el problema de la escasez de vivienda en España debe también ponderarse como solución al fenómeno de la *okupación*, el cual debe analizarse sin prejuicios y desde una perspectiva, no solo jurídica, sino también social y económica.

8. CONCLUSIONES

Es evidente que, actualmente, el tipo penal de la usurpación de bienes inmuebles del artículo 245.2 CP plantea más problemas que soluciones. Su escueta redacción, que ha tenido que ser jurisprudencialmente completada, supone que la disparidad de criterios sobre su aplicación sea inadmisibile. El artículo 9.3 CE no solo fija el principio de legalidad, sino también el de seguridad jurídica, lo que exige que las normas sean claras, y que las soluciones judiciales dadas a los problemas de los ciudadanos sean previsibles. Esto no ocurre actualmente cuando un inmueble es *okupado*.

Es cierto que el legislador se ha esforzado por aportar diferentes soluciones ante una ocupación ilegal inmobiliaria, pero ese esfuerzo se ha traducido en una amalgama normativa que los operadores jurídicos no siempre saben interpretar y aplicar. Por ello, una visión holística y transversal del problema debe ser acometida, que dé lugar a un ordenamiento jurídico en la materia coherente, claro y sin superposiciones ni contradicciones. Los políticos, para variar, deberían alcanzar un pacto de Estado sobre una cuestión que provoca una gran alarma social, si bien esta parece catalizada por determinados sectores.

Esta nueva regulación, sin embargo, quedaría sin eficacia real si no se acomete igualmente una inversión en la Administración de Justicia. Ya no solo se trata de invertir más dinero, ya que España cuenta con un gasto medio en Justicia prácticamente en la media europea, sino de diseñar nuestra estructura judicial de conformidad con los últimos avances tecnológicos y organizativos. Con los mismos medios con los que se cuenta actualmente, se podría, con una nueva visión estratégica, dotar de una mayor agilidad a la tramitación procesal.

La reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, en su exposición de motivos,

(26) Encuesta de Condiciones de Vida del INE.

dispone que «se trata de una norma necesaria, ya que constituye el instrumento idóneo y el único posible para alcanzar el objetivo de conseguir una reforma de la organización judicial y de la oficina que le sirve de apoyo con el objetivo de que su funcionamiento como servicio público se produzca en condiciones de eficiencia organizativa».

Efectivamente, esta norma supone un cambio sustancial en la organización judicial, si bien me temo que meramente dialéctica y no real a la vista de la nula inversión prevista para su materialización. A los antecedentes me remito en relación con normas que han supuesto una reorganización de la Justicia: la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina judicial, sigue, 16 años después, sin estar verdaderamente implantada; y la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, tuvo una *vacatio legis* de más de 10 años.

Por último, el problema de la vivienda es uno de los que más preocupan a los españoles, y hay razón para ello. El esfuerzo económico que supone actualmente adquirir o alquilar una vivienda es mucho mayor que hace unas décadas. No es una opinión, son datos. Por ello, facilitar el acceso a una vivienda digna no solo es clave para paliar la *okupación*, sino que también es un mandato constitucional, según el artículo 47 CE.

Asimismo, dar una solución rápida y eficaz a la recuperación del inmueble es clave para que los propietarios pierdan el miedo a alquilarlo y no solo se limiten a especular con él a la espera de su subida de precio, lo cual se entiende si se tiene en cuenta que los precios han subido un 62 % en los últimos nueve años⁽²⁷⁾. En 2023 se registraron 3,8 millones de viviendas vacías en España⁽²⁸⁾, de lo que se infiere, si se añade el dato de que en España se necesitan 600.000 nuevas viviendas⁽²⁹⁾, que la puesta en el mercado de menos del 16 % del parque de inmuebles vacíos podría paliar, en gran medida, el problema de la vivienda.

BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «Gestión híbrida de la vivienda social. Hacia modelos colaborativos de provisión pública al margen del lucro», *Estudios de Progreso*, Fundación Alternativas.
- FRÍAS MARTÍNEZ, E., «El fenómeno de la ocupación. Aspectos civiles, penales y procesales», *Diario La Ley*, núm. 9768, Sección Doctrina, 12 de enero de 2021.

(27) INE.

(28) Censo de Población y Viviendas, INE.

(29) Banco de España.



- GUTIÉRREZ ALBENTOSA, J. M., «Conceptos básicos sobre el delito de usurpación de inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 9763, Sección Doctrina, 4 de enero de 2021.
- HIDALGO GARCÍA, J., «Hacia un protocolo de actuación integral en materia de ocupaciones de viviendas y bienes inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 9719, Sección Tribuna, 20 de octubre de 2020.
- MAGRO SERVET, V., «La eficacia de las medidas cautelares ante la ocupación de bienes inmuebles», *Diario La Ley*, núm. 10219, Sección Doctrina, 1 de febrero de 2023.
- «¿Puede ser delito de estafa? El fenómeno de la “inquiokupación»», *Diario La Ley*, núm. 10268, Sección Doctrina, 17 de abril de 2023.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «¿Es jurídicamente posible el desalojo inmediato de viviendas objeto de un delito leve de ocupación ilegal?», *Diario La Ley*, núm. 9701, Sección Doctrina, 22 de septiembre de 2020.
- «Discrepancias y refutaciones a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2020 sobre medidas cautelares de desalojo de inmuebles ocupados ilegalmente», *Diario La Ley*, núm. 9709, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2020.

G. Remedios extrajudiciales frente a la ocupación de inmuebles: La actuación de las denominadas «empresas desokupas»⁽¹⁾

Sílvia Pereira Puigvert

Profesora Agregada de Derecho Procesal

Universidad de Girona

Red PROBATICIUS

silvia.pereira@udg.edu

Resumen: *El presente trabajo analiza los remedios extrajudiciales frente a la ocupación de inmuebles. Con la mirada puesta en la actuación, legal o no, de las llamadas «empresas desokupas». Un tema de rigurosa actualidad y que abre un considerable debate con múltiples interrogantes: ¿qué son y cómo funcionan estas empresas?; ¿es una vía preferible o no a la judicial?; ¿su actuación se ampara en el marco de la legalidad?; etc., a los que se intentará dar respuesta o tratar de algún modo.*

(1) El presente trabajo se enmarca en el Proyecto Nacional de I+D+I (PID2020-112683GB-I00). «Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal ¿Nuevo modelo? Adaptaciones transformativas».

Palabras clave: *Ocupación ilegal, propiedad privada, vía extrajudicial, autotutela, vivienda.*

Abstract: *This chapter analyzes the extrajudicial remedies against the squatting. With an eye on the legal or not, of the so-called «de-squatting companies». This is a highly topical issue that opens a considerable debate with multiple questions: what are these companies and how do they work?; is it a preferable way or not to the judicial system?; does their action fall within the framework of legality?; etc., to which we will try to give an answer or deal with in some way.*

Keywords: *Squatting, private property, out-of-court proceedings, self-protection, housing.*

Sumario: 1. Consideraciones preliminares: la problemática en materia de vivienda como factor desencadenante del fenómeno de la ocupación. 2. La vía judicial y, sobre todo, extrajudicial frente a la ocupación de inmuebles. 2.1 La solución de los conflictos jurídicos. Breve *excursus*. 2.2 La vía judicial. 2.3 La vía extrajudicial: «Empresa Desokupa», métodos legales, en menos de 72 horas recupera la vivienda y eficacia en más del 90% de los casos. 3. Pero ¿qué ha motivado la aparición de estas empresas? Lentitud *versus* eficiencia de la justicia. Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA PROBLEMÁTICA EN MATERIA DE VIVIENDA COMO FACTOR DESENCADENANTE DEL FENÓMENO DE LA OCUPACIÓN

En la sociedad actual ha aparecido un fenómeno problemático conocido como «Okupación», que consiste en la ocupación ilegal de las viviendas. Durante los últimos años, se ha generado un gran debate confrontándose los derechos de los propietarios cuando su posesión ha sido ocupada frente a los derechos de los okupas. Otro aspecto que se ha cuestionado son los remedios judiciales y no judiciales que existen para solucionar este determinado conflicto.

A efectos de contextualización, un okupa es un individuo que se instala en un edificio deshabitado sin el consentimiento de su propietario. Así las cosas, cuando un okupa empieza a vivir en la casa sin poseer la debida titularidad, el propietario, para poder desalojarlo, debe iniciar un procedimiento judicial que se convertirá en una vía efectiva, pero lenta y costosa.



Realmente este hecho genera importantes consecuencias tanto para el propietario como para los residentes de los inmuebles vecinos. En primer lugar, se originan consecuencias económicas porque los okupas no se hacen cargo de pagar los gastos ordinarios ni extraordinarios derivados del uso y mantenimiento del inmueble y sus servicios. Por tanto, los gastos de luz, agua, etc., los debe pagar el propietario. Al mismo tiempo, surgen consecuencias de índole personal porque se ocupa una vivienda de forma ilegal, sin el consentimiento del propietario, y este quiere desalojarlos con el menor tiempo posible, generándose situaciones de estrés emocional. Por último, las consecuencias que pueden experimentar los vecinos que conviven en la zona por la conducta de los okupas.

Por lo que respecta a la evolución de este movimiento okupa, la primera fase se sitúa entre 1980 y 1995. Es cuando comienza a extenderse la ocupación por las principales ciudades de España: Madrid, Barcelona, Zaragoza, Bilbao y Valencia. Los okupas no solo ocupaban los inmuebles para poder residir en ellos, sino también para realizar actividades como conciertos de música, reunirse, celebrar debates. De esta forma, se creó el concepto de «Centros Sociales Okupados y Autogestionados (CSOA)» que consiste en ocupar inmuebles determinados para poder ejecutar actividades culturales, políticas y productivas abiertas a otros movimientos sociales, con el fin de que se adhieran más jóvenes al movimiento. Hay que tener en cuenta que, en esta fase, las autoridades para desalojar a los okupas les sancionaban económicamente y les obligaban a desalojar previa autorización judicial.

El segundo período es entre 1995 y 2000. El CSOA empezó a tener fuerza y ser responsable de todas las ocupaciones. Hay una fecha clave que es el día 28 de octubre de 1996 en que se produce una violenta batalla entre la policía y los ocupantes, como consecuencia de que 30 jóvenes ocuparan un edificio antiguo conocido como Cine Princesa, localizado en la Vía Layetana de Barcelona, y con una orden cientos de agentes policiales fueron a desalojarlos haciendo uso de la fuerza. La operación terminó con 48 detenidos y una quincena de heridos y estos hechos marcaron la historia del movimiento okupa.

En la tercera fase, entre 2001 y 2006, fue cuando irrumpió el uso de Internet y las nuevas tecnologías en la sociedad. El movimiento okupa aprovechó las TIC y, a través de las redes sociales, compartían sus experiencias y se convertían en reclamo de más personas. Luego llegaría la crisis financiera de 2007-2008.

Es bien sabido que, a partir de mediados del 2007, tras una época de bonanza económica en la que en España se construían viviendas con evidente desmesura y el sector de la construcción logró su máximo esplendor, empiezan a percibirse los primeros síntomas de una fuerte crisis económica



que se resistió a desaparecer. El estallido de la burbuja inmobiliaria, la especulación con el precio de la vivienda, el aumento del paro o el endeudamiento de las familias han sido y son desgraciadamente realidades aún no superadas en la actualidad. Sin poder acometer, desde luego, un estudio pormenorizado de fenómeno de tan amplio espectro sí resulta útil examinar alguna de las razones que convergen en el objeto de nuestro trabajo⁽²⁾.

Uno de los primeros y principales motivos de esta crisis tan severa lo hallamos en la desaceleración en la demanda de vivienda. Pero no es el único. La prolongada crisis de la deuda soberana en el área del euro, el ajuste en el mercado laboral o el gran número de créditos solicitados a los bancos que después no pudieron ser devueltos fueron otros de los condicionantes que influyeron en este panorama de crisis⁽³⁾.

A dichas consideraciones hay que añadir otras de no menor trascendencia. Con frecuencia, se habla de prácticas abusivas bancarias en torno a las hipotecas⁽⁴⁾. Tal es el caso, por ejemplo, de las llamadas cláusulas suelo, que como es conocido, impiden que las cuotas de un préstamo disminuyan, aunque el índice de referencia (principalmente, el EURÍBOR) sí lo haga. A lo expuesto se une el desconocimiento de muchos particulares ante la contratación de algunos productos financieros (preferentes o «swaps», una especie de seguro que en realidad se asemeja más a una apuesta, ya que, si los tipos de interés sobrepasan un nivel, paga el banco, pero si bajan, paga el usuario)⁽⁵⁾. Se trata de materias controvertidas que deparan no pocos quebraderos de cabeza tanto a particulares como a entidades financieras y que con el retroceso experimentado en la economía nacional se han convertido en un tema recurrente en los procedimientos judiciales y en los medios de comunicación.

Así pues, se multiplicaron las ejecuciones hipotecarias en paralelo al aumento también de denuncias de ocupaciones ilegales de inmuebles de todo tipo. En un país en el que, a diferencia de la mayoría del continente europeo, la propiedad inmobiliaria es claramente preferida al alquiler y todavía se percibe como un claro signo de posición social, fueron numerosas las familias que sufrieron las consecuencias de la crisis. La

(2) Más información al respecto en: ORTEGA, E., y PEÑALOSA, J., *Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM* (Documentos ocasionales del Banco de España), 2012, pp. 19 ss.

(3) PEREIRA PUIGVERT, S., «Propuestas de mejora de la ejecución hipotecaria: especial referencia a «Ofideute»» en *Actualidad Civil*, número 11, 2014.

(4) «Las prácticas abusivas de los Bancos generaron el esquema especulativo que está en el origen de la crisis. Los Bancos no solo concedían hipotecas a personas con bajos ingresos, también se las concedían muchas veces insoportables. Estas prácticas, que forman parte ya de la actividad bancaria, son consecuencia de la desregulación financiera auspiciada por el neoliberalismo», GARZÓN ESPINOSA, A., y TORRES LÓPEZ, J., «Las prácticas abusivas de los Bancos» en *Temas para el debate*, número 199, junio, 2011, *op. cit.*, pp. 59-60.

(5) Un estudio sobre participaciones preferentes es GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Participaciones preferentes. Arbitraje, acciones civiles y penales*, Madrid, 2013.

recesión económica puso de manifiesto la vulnerabilidad de amplios colectivos sociales que no pudieron hacer frente al alquiler en las cuotas de sus préstamos hipotecarios.

Interesante, en este sentido, es la radiografía que hace un informe del Instituto Cerdà (año 2017) que, a pesar de que hayan transcurrido unos años, sigue plenamente vigente. En Cataluña, especialmente en sus grandes ciudades, nos encontramos con la existencia de hogares sin ningún tipo de ingreso, la multiplicación de los lanzamientos desde 2008 y un parque de viviendas vacías que todavía se arrastra. Todos estos factores desembocan inevitablemente en una necesidad permanente y enquistada de vivienda social. En definitiva, en un papel muy reivindicativo de todas las administraciones implicadas y con competencias en la materia⁽⁶⁾.

Ha quedado patente que hay deficiencias en inversión pública en materia de vivienda. La Administración Pública descarga incontables recursos en salud, educación o políticas sociales, pero deja el coste de la vivienda principalmente en manos de las familias (excepto por emergencia residencial). La realidad actual es que el crecimiento demográfico no ha ido acompañado, en la práctica, de la producción de nuevas viviendas y, menos aún, de parques de viviendas públicos que se mantienen en el 2,5%. El crecimiento demográfico actual se ha centrado en las viviendas de alquiler. Circunstancia que ha tensionado el mercado, aumentando los precios, y se ha traducido en que el 40% de los hogares en España tienen dificultades para pagar el alquiler. Se proponen algunas soluciones como, por ejemplo, la evaluación del impacto; mayor gasto para aproximarnos al promedio de la UE, o un pacto nacional y social que implique el consenso necesario⁽⁷⁾.

2. LA VÍA JUDICIAL Y, SOBRE TODO, EXTRAJUDICIAL FRENTE A LA OCUPACIÓN DE INMUEBLES

2.1 La solución de los conflictos jurídicos. Breve *excursus*

La existencia de conflictos –jurídicos– tiene que ver o se remonta a la existencia de las relaciones sociales y humanas. Estos conflictos se pueden resolver mediante diferentes mecanismos, siendo el más coherente o, mejor dicho, amistoso, *el recurso a técnicas como la mediación, negociación y transacción*.

(6) Instituto Cerdà. *La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica. Un problema que necesita solución*, publicación núm. 4/2017.

(7) Reflexiones extraídas de la lección magistral impartida por la economista Carme Trilla Bellart en la inauguración del curso académico 2024-25 de la Universidad de Girona.

El aumento de la importancia de estos medios, conocidos con el acrónimo ADR o MASC⁽⁸⁾, se explica, principalmente, por tres razones: a) crisis de la justicia (representada por su excesiva lentitud y tardanza en proporcionar respuesta a las solicitudes de tutela); b) la necesidad de sustituir el tradicional acceso a la justicia contenciosa (que implica disputas entre las partes) por una nueva justicia, de tipo conciliador y reparador; c) la necesidad de dar una protección adecuada a determinados bienes o derechos a los que la tutela estatal siempre ha sido un tanto esquiva.

De hecho, a partir de abril de 2025, las demandas de desahucio por precario, por ejemplo, deben ir acompañadas del documento que acredita haber intentado un acuerdo a través de un MASC.

Como mecanismo primitivo de solución de controversias existe, asimismo, *el sistema de la justicia privada o autotutela*, prohibido en nuestro ordenamiento. El artículo 455 del Código Penal reza como sigue: «el que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de 6 a 12 meses. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos». Se trata de castigar las situaciones en las que las personas se «toman la justicia por su mano» (la conocida como Ley del talión de ojo por ojo, diente por diente).

Como bien apuntan algunos autores, la autotutela no garantiza una solución justa al conflicto. Además, la autotutela encierra un peligro adicional, esto es, que las actuaciones llevadas a cabo por los particulares para solucionar el conflicto sean desproporcionadas y el conflicto no se resuelva, sino que se acabe perpetuando⁽⁹⁾.

Más allá de la prohibida autotutela y los medios alternativos de solución de controversias, hay la opción de que sea *un profesional neutral e imparcial, un juzgado o tribunal*, que intente dirimir la disputa como órgano encargado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE)⁽¹⁰⁾.

(8) Son diversas técnicas y sistemas encaminados a permitir que las partes enfrentadas lleguen a una solución pactada: encajan aquí figuras muy diversas, como la conciliación, la mediación o la negociación, que normalmente conducen a un acuerdo por el que las partes ponen fin por sí mismas a la controversia –aunque la eficacia del acuerdo puede variar–. También encaja en esta categoría de MASC o ADR la labor de ciertas entidades, a menudo públicas, que tienen competencia para recibir quejas o reclamaciones de consumidores.

(9) GASCÓN INCHAUSTI, F., *Apuntes de Derecho Procesal Civil, Materiales para el Estudio*, 6.ª edición, 2023-24, pp. 28-29.

(10) En algunos supuestos, el tercero imparcial es un particular, lo que nos sitúa ante el fenómeno del arbitraje, que goza de gran aceptación especialmente en materia comercial y en situaciones transfronterizas y/o internacionales. El problema de esta modalidad de heterotutela privada radica en la forma de conseguir que sea eficaz la solución del conflicto decidida por el árbitro: al ser el árbitro un particular, carece de legitimación para imponer por sí mismo, de modo coactivo, el laudo que haya dictado. En consecuencia, si alguna de las partes no quiere cumplirlo, o bien el conflicto permanece abierto, o bien es preciso acudir a los tribunales del Estado para que ejecuten el laudo, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Apuntes de Derecho Procesal Civil, Materiales para el Estudio*, 6.ª edición, 2023-24, p. 29.

2.2 La vía judicial

Enlazando con lo anterior, y en el caso que nos ocupa aquí, para hacer más efectiva la recuperación del inmueble en el menor tiempo posible, y no tener que recurrir a la vía penal, que es otra de las posibilidades, el legislador aprobó la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, conocida también como la «Ley anti-okupas».

La finalidad de la reforma operada por la Ley 5/2018 es introducir un procedimiento *ad hoc* para poder recuperar la posesión del inmueble de forma inmediata. La Ley 5/2018, en el artículo 250.1.4.º de la LEC, ha incorporado un segundo párrafo que establece los sujetos que pueden iniciar este procedimiento y que son las personas físicas, que pueden ser el propietario o poseedor legítimo con otro título, y también las personas jurídicas, como las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseer y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de viviendas sociales.

Respecto a las particularidades del trámite de juicio verbal para la recuperación inmediata del inmueble también se han realizado modificaciones en ciertos preceptos de la LEC. En concreto, en el artículo 437 LEC se ha añadido el apartado 3 bis, que dispone que cuando el demandante interponga la demanda que, para la presentación de la misma no es necesario el requisito de procedibilidad, podrá dirigirse al conjunto de los okupas desconocidos que están dentro de la vivienda, sin especificaciones. En el artículo 441 LEC, por su parte, se añade el apartado 1 bis, que expresa que el demandante, en el momento de enviar la demanda, adjuntará el título por el que acredita que tiene el derecho a la posesión, así cuando se dicte el decreto de admisión de la demanda, se requerirá al supuesto okupa para que en el plazo de 5 días desde la notificación de la admisión aporte el título por el que se justifica su situación.

En caso de que el okupa no lo aporte y el demandante inicialmente sí lo haya adjuntado, se dictará un auto requiriendo la entrega inmediata de la posesión y se desalojará a cualquier ocupante que esté dentro de la vivienda. Contra este auto no cabrá ningún recurso. En el artículo 444 LEC también se ha creado el apartado 1 bis, que estipula que cuando el demandante ya ha enviado su demanda y los demandados, que son los okupas, no contestan en el plazo previsto por la ley, el tribunal directamente dictará una sentencia. En el supuesto de contestar a la demanda, el fundamento por parte del okupa debe ser, o bien presentar un título suficiente acreditando que tiene el derecho a la posesión de la vivienda, o bien mencionar que existe una falta de título por parte del actor. Por último, en el artículo 150 LEC se crea el apartado número 4 por el que se establece que cuando la notificación de la resolución contenga la fecha de desalojo, se

facultará a los servicios públicos competentes para proceder con la actuación determinada, siempre que los interesados den su consentimiento.

2.3 **La vía extrajudicial: «Empresa Desokupa», métodos legales, en menos de 72 horas recupera la vivienda y eficacia en más del 90 % de los casos**

Con este eslogan del título, se presenta la empresa o empresas «desokupas»⁽¹¹⁾. Se trata de empresas privadas que ofrecen servicios con el objeto de ayudar a los propietarios a desalojar a los ocupantes ilegales de sus propiedades. El objetivo es devolver los inmuebles a sus legítimos titulares sin la necesidad de iniciar un proceso judicial de larga duración ante los tribunales.

Cuando un cliente desea hacer uso de sus servicios tendrá que acreditar que realmente goza del título correspondiente del inmueble y firmar un contrato con la empresa asegurando que se pagarán sus servicios. Una vez pagada la cantidad que oscila entre 3.000 y 8.000 euros, dependiendo de la complejidad de la situación, empezarán a desarrollar su método de trabajo que consiste primero en negociar o intermediar con los okupas para que abandonen la vivienda, y en caso de no acceder, colocan personas de silueta musculosa y perfil amenazante (personas boxeadoras) en las entradas de la vivienda durante 24 horas con el firme propósito de incomodar a los okupas y, finalmente, poder llegar a una negociación. La empresa justifica que, en ningún caso, estas personas boxeadoras hacen uso de su fuerza hacia los okupas, sino que en caso de una situación tensa llamarán a la policía⁽¹²⁾.

La empresa en sí misma no se considera ilegal, pero las técnicas que utilizan sí podrían sobrepasar, de algún modo, el límite fijado por el marco legal.

(11) El número de empresas «desokupas» se ha doblado desde la pandemia. Si en 2019 eran tres, ahora se contabilizan muchas más.

(12) RODRÍGUEZ RÍOS, S. F., «Intento legal e “intento empresarial» de frenar la ocupación ilegal de viviendas». Análisis de la Ley 5/2018 y breve apunte sobre desokupa, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, número 2, 2021, 260-282.

Además, el formato de actuación es montar un control de acceso a una propiedad privada mediante un contrato firmado con el propietario. El cliente tiene que demostrar que es propietario de ese inmueble y que ha sido ocupado por la fuerza. Comprobado eso, nos acercamos a la vivienda con las escrituras en la mano, muchas veces junto al propietario, y negociamos la salida de los okupas. Si no se avienen a negociar, entonces instalamos un operativo de control de acceso a esa vivienda con varios integrantes, todos con titulación en control de acceso, y nos limitamos a controlar la entrada las 24 horas. Eso les provoca tal incomodidad que, al final, acceden a negociar una compensación económica por su marcha, bajo la advertencia de que, si un día la vivienda se queda vacía, no podrán volver a entrar y se irán a la calle por cero euros. Si en algún momento la situación se tensa, llamamos a la policía, nunca usamos la fuerza»: https://www.elconfidencial.com/espana/2016-10-02/desokupa-comando-boxeadores-desaloja-usando-ley_1268872/ (última fecha de consulta 3 de octubre de 2024).

A mayor abundamiento, un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 580/2019, de 18 de octubre, hace alusión a los métodos polémicos y poco ortodoxos de estas empresas. La forma de intimidación o advertencia empleada hacia los okupas por parte de estas empresas podría llegar a considerarse o tipificarse como un delito de amenazas o coacciones⁽¹³⁾.

De hecho, varias entidades sociales les acusan de allanamiento, coacciones y vulneración de derechos fundamentales. Y hay varios pronunciamientos judiciales en esta dirección.

A título indicativo, otro Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 1658/2023, de 26 de octubre, que establece los requisitos que configuran un delito de coacciones, viéndolo en la actuación de Desokupa, siendo preciso: 1.º) una conducta violenta de contenido material vis física, o intimidativa vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas; 2.º) cuyo modus operandi va encaminado como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto; 3.º) cuya conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito, pues de carecer de tal intensidad podría constituir falta o delito leve; 4.º) que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos «impedir» y «compeler»; y 5.º) una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente. El cual (el agente del hecho) no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación.

El elemento subjetivo hay que inferirlo de la conducta externa, voluntaria y consciente del agente, sin que se requiera una intención maliciosa de coaccionar, pues basta el dolo genérico de constreñir la voluntad ajena imponiéndole lo que no quería efectuar. Intención dirigida a restringir la libertad ajena para someterla a deseos o criterios propios.

La misma doctrina jurisprudencial admite que la violencia típica no solo abarca la violencia física, sino también la intimidación o «vis psíquica», que puede proyectarse tanto sobre quien es obligado a actuar o dejar de actuar contra su voluntad, como sobre otras personas o sobre cosas de su uso o pertenencia. Por último, es necesaria una actuación dolosa, que debe abarcar la utilización de la violencia en cualquiera de sus formas como instrumento para imponer la voluntad del sujeto activo sobre la libertad de la víctima para someterla a los deseos o voluntad propia⁽¹⁴⁾.

(13) BARJA DE QUIROGA, J., «Empresas “desokupas”: ¿Al límite de la legalidad?» en *Okupación ilegal de viviendas. Paso a paso. Procedimientos para recuperar la posesión*, Colex, 2020, pp. 103-105.

(14) Más resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 591/2023, de 28 de julio; Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, número 184/2024, de 25 de abril; Auto de la

Otra jurisprudencia destacable es el Auto de la misma Audiencia Provincial de Barcelona, número 470/2019, de 31 de julio, que resalta algo a tener en cuenta: remitir, con automatismo, de forma sistemática, a quien impetra legítimamente la tutela judicial penal a la vía jurisdiccional civil puede abocar a la permisividad, es decir, traducirse ello en el efecto ‘llamada’ a colectivos ‘ocupas’, además de propiciar un terreno abonado para empresas que, de forma similar a las que se dedican a la recuperación de créditos, al denominado cobro de morosos, se ofrezcan en el mercado para, con métodos harto discutibles, y, en muchas ocasiones poco ortodoxos, cuando no, en algunos supuestos, ribeteando el ilícito penal, se anuncian a los propietarios afectados ofreciéndoles soluciones céleres y expeditivas ante reclamada pronta respuesta penal que no se obtiene, cuando es sabido que el proceso civil de desahucio por precario se dilata en el tiempo, o los instrumentos interdictales no resultan de inmediata eficacia, tanto como se prolonga el abuso de esos colectivos ‘okupas’, y, se incrementa el perjuicio para la propiedad de los dueños de los bienes inmuebles afectados, máxime cuando superada o en vía de superarse, la desaceleración y atonía en el sector inmobiliario, parece actualmente repuntar un progresivo incremento en el mercado de alquiler y de venta en ese relevante sector de la economía que, ante la estrepitosa bajada de los tipos de interés, se convierte en atractivo producto de inversión, ante la nula o muy escasa remuneración de los depósitos bancarios o cuentas de imposición a plazo fijo.

En la misma línea de actividad casi delictiva de estas empresas, al cierre de este trabajo, saltaba la noticia de que el líder de «Desokupa Tarra-gona» ha ingresado en prisión sin fianza por prácticas que lesionan derechos y recurriendo a métodos de autotutela y violencia contra sectores de población vulnerables.

3. PERO ¿QUÉ HA MOTIVADO LA APARICIÓN DE ESTAS EMPRESAS? LENTITUD *VERSUS* EFICIENCIA DE LA JUSTICIA⁽¹⁵⁾

Cabe destacar que en todas las acciones regulatorias llevadas a cabo sigue habiendo vacíos legales fruto de la necesaria, pero quizá excesiva,

Audiencia Provincial de Barcelona, número 715/2020, de 2 de julio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 178/2022, de 12 de abril; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 222/2022, de 5 de mayo, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, número 16/2023, de 13 de enero.

(15) Para extraer más conclusiones, me remito al trabajo publicado en este mismo Tratado (y bloque) de CUENA CASAS, M., «El problema de la ocupación ilegal en España», Tratado de Derecho de la Vivienda.

visión garantista con la que se han articulado. Para evitar que estas lagunas sean aprovechadas para poner en práctica las más variadas técnicas de dilación, se podría emprender una nueva reforma legal y que tuviera en cuenta la actuación de las empresas «desokupa»⁽¹⁶⁾.

A su vez, debe tratarse el papel que ha desempeñado la jurisprudencia con su intervención sumamente determinante. Sin ir más lejos, es la responsable de la articulación del concepto amplio de precario que dota de sentido y utilidad a la acción de desahucio por precario, ya que, si no quedaría bastante reducida e, incluso, inoperante; o de defender con vehemencia la posibilidad de dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes con el fin de proteger en la mayoría de los casos el derecho a la tutela judicial efectiva de los actores. Así pues, evidenciando que los instrumentos jurídicos están presentes en nuestro ordenamiento, tanto de derecho procesal como sustantivo, las preguntas que se formulan a continuación son inevitables: ¿cómo puede explicarse que su incidencia práctica haya sido tan escasa, tan poco efectiva? ¿cómo han proliferado estas empresas de tan dudosa reputación?

La respuesta podría enmarcarse en el colapso endémico que sufre la Administración de Justicia en nuestro país y en su fragilidad⁽¹⁷⁾. No es ninguna novedad el gran retraso que sufren todos los procedimientos judiciales que, ya sea por falta de medios humanos o por falta de medios materiales, puede dejar sin efecto las previsiones legales encaminadas a la agilización y eficiencia de la tramitación procesal.

La justicia, en España, necesita reaccionar. Resulta imprescindible que la eficiencia (también vinculada con la simplificación y aceleración de los procesos) y la sostenibilidad son parte esencial de esta reacción. Al igual que la digitalización, la tecnología y el recurso a la inteligencia artificial, considerados como una auténtica «tabla de salvación».

En el escenario de reformas legislativas proyectado hay un denominador común: la eficiencia (procesal, organizativa, digital). Ahora bien, confiarlo todo (las situaciones límite que viven nuestros juzgados en su día a día) a proyectos de ley de eficiencia no parece que sea la mejor solución.

(16) La proposición de ley orgánica contra la ocupación ilegal, aceptada por el Congreso en febrero y aprobada por el Senado en julio de este año, no parece incluir previsiones sobre estas empresas. Si bien contempla modificaciones del Código Penal para desalojar okupas rápidamente.

(17) Según los datos recogidos por el informe sobre el estado de la Administración de Justicia en Cataluña, que elabora la Cátedra UAB-CICAC y su Observatorio Social y Económico de la Justicia, y aunque sean de 2016 y, por tanto, anteriores a la pandemia, son igualmente alarmantes. 45 días son los que se tarda de media en admitir una demanda y 84 días es el período entre el señalamiento de una vista y su celebración. Por consiguiente, el tiempo mínimo de duración de un juicio verbal no puede ser inferior a 150 días hábiles y se estima que la duración puede alcanzar casi los 29 meses si se agotan todos los recursos, PÉREZ DAUDÍ, V., y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un inmueble», *Diario La Ley*, número 9008, 2017, pp. 19-30.

Falta inversión presupuestaria, recursos humanos y, sobre todo, no perder de vista los principios y garantías procesales.

Volviendo a «Desokupa», está a punto de cruzar una línea roja y sus actuaciones no pueden blanquearse porque revisten caracteres de acoso, amenazas, manipulación o coacción. Un negocio en el que colaboran policías (recordemos que el sindicato unificado de policía ha firmado con «Desokupa» un acuerdo de formación en defensa personal para 30.000 policías)⁽¹⁸⁾ y que cuenta con el plácet de algunas formaciones políticas⁽¹⁹⁾.

Esta alternativa o solución a la jurisdicción nos puede llevar a una peligrosa maniobra de autotutela que puede suponer una privatización de la justicia y una quiebra del imperio de la ley en un Estado democrático, moderno y de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BARJA DE QUIROGA, J., «Empresas “desokupas”: ¿Al límite de la legalidad?» en *Okupación ilegal de viviendas. Paso a paso. Procedimientos para recuperar la posesión*. A Coruña, 2025.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Apuntes de Derecho Procesal Civil, Materiales para el Estudio*, 6.ª edición, 2023-24.
- GARZÓN ESPINOSA, A., y TORRES LÓPEZ, J., «Las prácticas abusivas de los Bancos» en *Temas para el debate*, número 199, junio, 2011.
- GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Participaciones preferentes. Arbitraje, acciones civiles y penales*, Madrid, 2013.
- INSTITUTO CERDÀ, *La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica. Un problema que necesita solución*, publicación núm. 4/2017.
- ORTEGA, E., y PEÑALOSA, J., *Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM* (Documentos ocasionales del Banco de España), 2012.
- PEREIRA PUIGVERT, S., «Propuestas de mejora de la ejecución hipotecaria: especial referencia a “Ofideute»» en *Actualidad Civil*, número 11, 2014.
- PÉREZ DAUDÍ, V., y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un inmueble», *Diario La Ley*, número 9008, 2017, pp. 19-30.
- RODRÍGUEZ RÍOS, S. F., «Intento legal e “intento empresarial» de frenar la ocupación ilegal de viviendas». Análisis de la Ley 5/2018 y breve apunte sobre desokupa, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, número 2, 2021.

(18) Hay otras noticias recientes sobre la colaboración entre «Desokupa» y el cuerpo de Policía: <https://www.publico.es/sociedad/desokupa-policia-unen-fuerzas-desahucio-carabanchel.html> (última fecha de consulta 19 de mayo de 2025).

(19) Se insiste en el blanqueamiento de su conducta por parte de autoridades policiales, el apoyo de algunos medios de comunicación, inmobiliarias y personalidades políticas de la extrema derecha, y en un discurso anclado en el racismo, la xenofobia, el machismo y la aporofobia.



H. La movilización de la vivienda vacía, entre el fomento y la coerción

Cristina Argelich Comelles

Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

cristina.argelich@uam.es

Resumen: *Esta aportación versa sobre la movilización de la vivienda vacía. Entre las medidas de fomento, encontramos los instrumentos de carácter tributario, mientras que las medidas coercitivas pasan por diversos instrumentos administrativos como la expropiación temporal. Esta investigación aporta datos prácticos y propuestas legislativas comparadas, centradas en las órdenes de gestión de viviendas vacías y la intermediación inmobiliaria de la Administración.*

Palabras clave: *Vivienda vacía, impuesto, expropiación, gestión de las viviendas vacías.*

Abstract: *This research deals with the compulsory measures regarding empty dwellings. The main measure of promotion refers to taxation, while coercive measures include administrative instruments such as temporary expropriation. This research provides practical data on the application of these instruments on a comparative level, as well as suggests the legal transplant of empty dwelling management orders and housing intermediation.*



Keywords: *Empty dwelling, taxation, expropriation, empty dwelling management.*

Sumario: 1. Introducción a la movilización de la vivienda vacía en España. 2. Incentivos negativos en materia de vivienda vacía de los legisladores estatal y autonómicos. 2.1 Resultados de los incentivos negativos en España. 2.2 Resultados de las medidas de movilización de la vivienda vacía en Europa: el trasplante legal en España de las órdenes de gestión de viviendas vacías de Inglaterra y Gales. 3. Hacia la intermediación inmobiliaria de la Administración para la movilización de la vivienda vacía en España. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN A LA MOVILIZACIÓN DE LA VIVIENDA VACÍA EN ESPAÑA

La mejora del acceso a la vivienda es un reto que los legisladores estatal y autonómico deben abordar con soluciones definitivas, sin acudir a los múltiples incentivos negativos dispuestos en los últimos años⁽¹⁾, ni a una norma de aplicación potestativa como la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda⁽²⁾. Desde la crisis hipotecaria de 2007, momento en el que se evidenció el fracaso de las medidas de fomento estatales, los instrumentos reactivos para hacer frente a sus efectos han pasado por diversos incentivos negativos⁽³⁾, mediante limitaciones administrativas de derechos a la facultad de exclusión –como la suspensión de los lanzamientos–, y transferencias coactivas no expropiatorias a la facultad de disposición –como el control de rentas– de la Ley 12/2023, que se corresponden con los límites en interés público del derecho de propiedad y que suponen un vaciamiento no indemnizable de su contenido, a diferencia de las limitaciones del dominio⁽⁴⁾. Los más intrusivos para los derechos de los ciudadanos, son la previsión e inaplicación de la expropiación temporal del uso de viviendas por parte de diversos legisladores autonómicos,

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma», PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación. Alude al concepto de «incentivos negativos» como respuesta autonómica a la crisis en España, recoge en un útil cuadro-resumen sus principales características, y reflexiona críticamente acerca de los mismos NASARRE AZNAR, 2020, pp. 463-476. ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 1-454.

(2) BOE de 25 de mayo de 2023.

(3) Sobre las medidas estatales y autonómicas, véase ARGELICH COMELLES, 2017, pp. 277-333.

(4) A fondo, nos remitimos a VERDERA SERVER, 2023, pp. 912-940.

los recargos tributarios en el IBI, que vuelven a regularse en esta norma, y mecanismos sancionadores.

Encontramos otros incentivos negativos de menor intensidad, relativos a la propuesta de arrendamiento social previa a la ejecución hipotecaria o el desahucio por impago de rentas –articulado en Cataluña, Murcia y la Comunidad Valenciana–, y la obligación de realojamiento de las personas en riesgo de exclusión residencial de Cataluña. Los instrumentos que presentan una menor afectación a los derechos de los ciudadanos, pero que tienen otros inconvenientes, son los siguientes: el derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración de las viviendas objeto de una ejecución hipotecaria que se encuentren en zonas con alta demanda residencial –previsto en Cataluña, el País Vasco, Extremadura y, recientemente, limitado en la Comunidad Valenciana a las viviendas protegidas–, que implica un coste por la paralización de la transmisión hasta el ejercicio del derecho de adquisición preferente⁽⁵⁾; la reserva de suelo para vivienda protegida⁽⁶⁾, que puede alcanzar el 40 % *ex DF* cuarta LDV, que ocasiona una reducción de las promociones inmobiliarias destinadas a vivienda; y, finalmente, las mediaciones autonómicas de consumo.

2. INCENTIVOS NEGATIVOS EN MATERIA DE VIVIENDA VACÍA DE LOS LEGISLADORES ESTATAL Y AUTONÓMICOS

Nos centraremos en el contenido de los incentivos negativos dispuestos, a los efectos de cuantificar posteriormente los resultados de su aplicación y contextualizarlos con las alternativas comparadas disponibles. Por lo que respecta a la suspensión de los lanzamientos, la DF quinta LDV introduce diversas modificaciones en los preceptos relativos al procedimiento ejecutivo de lanzamiento y al procedimiento declarativo de desahucio por impago de rentas cuando el arrendatario es vulnerable. En virtud de la STC 26/2025, de 29 de enero, el Alto Tribunal ha anulado parcialmente los apartados 6 c) y 7 del artículo 439 LEC, los apartados 1 y 2 del artículo 655 bis, y el artículo 685.2 LEC, relativos a los requisitos

(5) ARRUNADA, 2021, p. 75: «se contempla una suerte de expropiación cuyo justiprecio es inferior al valor real del bien expropiado, pues la Administración no compensa los costes de información y negociación en los que el comprador ha incurrido para llevar a cabo la transacción que la intervención administrativa frustra».

(6) ARRUNADA, 2021, p. 75, indica con acierto respecto de los límites en interés público –no indemnizables– del derecho de propiedad que «se están agravando de manera retroactiva y muy intensa las cargas que la legislación estatal básica impone a los propietarios de suelo urbano consolidado, lo que supone una vulneración de la misma».

de procedibilidad para los grandes tenedores de vivienda en los procedimientos indicados. No obstante esto, procede la crítica a la medida de suspensión de los lanzamientos, como institución civil que afecta a la facultad de exclusión, así como a los requisitos de procedibilidad para los grandes tenedores, por su carácter discriminatorio. La Exposición de Motivos expresa erróneamente que se refiere a «la regulación del procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad», confundiendo el procedimiento declarativo de desahucio por impago de rentas con el procedimiento ejecutivo de lanzamiento, tras la firmeza del primer procedimiento. Esta reforma elimina el consentimiento del interesado en el traslado a la Administración competente en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación riesgo de exclusión social, para comprobar su situación de vulnerabilidad en procedimientos de desahucio *ex* artículo 150.4 LEC.

Tras su tramitación parlamentaria, se ha añadido el artículo 440.5 LEC, pues la inclusión de los artículos 439.6 y 7 LEC ha sido anulada por el Alto Tribunal. Advertimos que, en las situaciones de vulnerabilidad económica habitacional, no cabe prolongar la ocupación de la vivienda sin lanzamiento a costa del propietario: ello justifica la calificación de estas situaciones de «inquietud». Por el contrario, procede aligerar y coordinar la respuesta administrativa y judicial, para proveer una alternativa habitacional a las personas vulnerables previa al lanzamiento. Ello garantiza que la atención a los colectivos vulnerables no devenga abusiva para el propietario, encontrando como única excepción material que este concurra en los supuestos de la obligación legal de alimentos, previstos en el artículo 143 CC.

En cuanto al control de rentas establecido mediante la Ley 12/2023, en virtud de la modificación del artículo 17.6 LAU 1994, los nuevos contratos de arrendamiento de viviendas sitas en zonas declaradas de mercado residencial tensionado se limitarán permanente en la actualización de la renta –como control de rentas impropio, por su carácter definitivo–, junto con el establecimiento de un control de rentas propio y generalizado; en suma, un tratamiento legal de la renta «duro» para los grandes tenedores y «blando» para el resto de los arrendadores. A estos efectos, se regularán las rentas de las denominadas zonas de mercado residencial tensionado, previa declaración por la Administración competente autonómica –de momento solo aprobado en Cataluña–, donde se aplicará un control de rentas impropio para los contratos de arrendamiento en vigor, mediante la limitación permanente de su actualización, así como un control de rentas propio para los nuevos contratos. En este último caso, los límites de su actualización se establecerán dependiendo de la modalidad

de contrato y propiedad, distinguiendo en función del arrendador: para los grandes tenedores, mediante un índice *ad hoc* de contención de precios y, con la previsión del siguiente punto hasta que no se apruebe dicho índice; y, para el resto de los arrendadores, a este mismo índice si la vivienda está sita en una zona de mercado residencial tensionado, o bien vinculando su indexación a la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que quepa fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de otros gastos.

Por lo que respecta a la expropiación temporal del uso o del usufructo de las viviendas deshabitadas, prevista por diversos legisladores autonómicos⁽⁷⁾, el elemento común a esta legislación autonómica de acceso a la vivienda es el objeto abstracto sobre el que recae: el incumplimiento de la función social del derecho de propiedad. Para apreciar dicho incumplimiento, esta legislación atiende a dos elementos: a la deshabitación –en particular el tiempo de deshabitación– y a las circunstancias relativas a la vivienda deshabitada y a su propietario. El plazo de deshabitación exigido corresponde a dos años en Cataluña, el País Vasco y la Comunidad Valenciana, mientras que se reduce a seis meses en el curso de un año en Andalucía, Navarra, Canarias y Extremadura. Las circunstancias referentes a la vivienda deshabitada y a su propietario, previstas en prácticamente todas las normas autonómicas, salvo en Cataluña y el País Vasco, se concretan en que la vivienda sea objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por entidades financieras, sus filiales inmobiliarias o entidad de gestión de activos, cuyo propietario –avalista o trabajador autónomo en determinadas circunstancias– se encuentre en especiales circunstancias de emergencia social. Asimismo, el País Vasco lo extiende a los procedimientos de desahucio por impago de rentas y lo reduce, en el caso de ejecución hipotecaria, solo al propietario, sin admitir ni a los avalistas ni a los trabajadores autónomos.

Ninguna legislación determina si la emergencia social debe preexistir al lanzamiento o si tiene que estar originada por esta situación. Para ser beneficiario, todas las normas expropiatorias –salvo las de Cataluña– establecen como requisito que se produzca una situación de emergencia o exclusión social, a lo que el legislador vasco añade una situación de carencia habitacional, es decir, que dicha situación de emergencia o exclusión social provoque un déficit en la cobertura habitacional del beneficiario. La expropiación tiene carácter temporal, una temporalidad que implica la

(7) ARGELICH COMELLES, 2017, pp. 277-333.

existencia de un plazo máximo de expropiación en cada norma que oscila entre tres y diez años. Finalmente, atendiendo a la configuración ordinaria de la expropiación forzosa, la persona beneficiaria deberá pagar a la Administración expropiante el justiprecio completo, como se dispone en Cataluña, o una cantidad en concepto de contribución al pago del justiprecio, en una cuantía que no supere al justiprecio y que no supere cierta proporción de los ingresos de la unidad familiar.

Por lo que respecta al recargo en el IBI para las viviendas vacías, y la previsión autonómica del impuesto a las viviendas vacías, debemos realizar diversas apreciaciones. La DF tercera LDV establece una modulación del recargo en el IBI respecto de los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente. Este recargo se aplica a los contribuyentes que sean propietarios de viviendas que estén vacías durante más de dos años, con un mínimo de cuatro viviendas por propietario, salvo causas justificadas de desocupación temporal. Obsérvese que, respecto de la consideración de gran tenedor, se ha reducido el límite objetivo de diez a cuatro viviendas, lo que demuestra la inoperancia del criterio cuantitativo ya expuesto. Asimismo, el incremento del recargo, situado en el 50 % de la cuota líquida del IBI, puede alcanzar hasta un máximo del 150 %, en función de la duración de la desocupación y del número de viviendas desocupadas que sean del mismo titular en el término municipal. La finalidad, indica la Exposición de Motivos, es «que tenga un mayor efecto en la optimización del uso del parque edificatorio residencial y refuerce el instrumento de los Ayuntamientos para hacer frente a situaciones de vivienda desocupada a través de la fiscalidad». Debemos indicar que este recargo no resulta incompatible con la previsión del impuesto a las viviendas vacías, pues se presenta como un estímulo o sanción a la deshabitación. Sin embargo, el recargo en el IBI para las viviendas deshabitadas y el impuesto a las viviendas vacías conllevan el riesgo de que acaben siendo consideradas como un coste más para seguir manteniéndolas vacías, y que la finalidad desincentivadora que persigue la medida no se produzca materialmente.

Una vez sentadas las bases y contexto de esta reforma, precisamos que la DF tercera LDV dispone que los ayuntamientos podrán establecer tipos diferenciados para el gravamen de la propiedad sobre los bienes inmuebles urbanos, excluidos los de uso residencial, y en atención a los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones. Cuando los inmuebles tengan atribuidos varios usos, el tipo aplicable será el correspondiente al uso de la edificación o dependencia principal. El límite máximo de estos tipos impositivos es del 10 % del valor catastral de los bienes inmuebles urbanos en el término municipal que, de conformidad a cada uso, tengan un mayor valor. A estos efectos, la orde-

nanza fiscal del impuesto señalará el umbral de valor para todos o cada uno de los usos, a partir del cual se aplicarán los tipos incrementados. En particular, indica que el gravamen de los inmuebles de uso residencial, que se encuentren desocupados con carácter permanente, llevará aparejado un recargo de hasta el 50 % de la cuota líquida del IBI. Se considerará un inmueble como desocupado con carácter permanente cuando lo esté, de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años, conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento de la ordenanza fiscal, y pertenezcan a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial. Ese recargo será del 100 % cuando el periodo de desocupación sea superior a tres años, pudiendo modularse en función del tiempo de desocupación.

Finalmente, y con carácter potestativo, los ayuntamientos podrán aumentar hasta en un 50 % adicional el porcentaje de recargo, cuando los inmuebles pertenezcan a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal. Algunos legisladores autonómicos han apostado por utilizar determinados impuestos como sanción ante las conductas que se consideran antisociales, en lugar de acudir al mecanismo sancionador tradicional y en la línea de otros Estados de nuestro entorno. La finalidad de esta utilización atípica del gravamen se resume en conseguir un concreto efecto ejemplificante: que los grandes tenedores de viviendas, por su posición asimétrica en el mercado, dejen de mantener esas viviendas deshabitadas en el actual contexto económico. Este impuesto persigue, en el fondo, que esta conducta no se siga produciendo, como sucede con la sanción. Pese a este elogioso fin, muy probablemente se puede llegar a asumir como un coste adscrito a esta conducta.

2.1 Resultados de los incentivos negativos en España

Es momento de cuantificar la oportunidad de estas medidas, para poder anticipar los efectos que tendrá la aplicación de la Ley 12/2023, que contiene algunos de estos incentivos negativos. La expropiación temporal del uso de viviendas en España ha tenido la siguiente aplicación: en Andalucía se incoaron dos procedimientos administrativos que caducaron⁽⁸⁾, y

(8) Esta información ha sido provista por el Servicio de Atención al Ciudadano de Servicios Centrales, adscrito a la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía. Los Decretos de iniciación de los expedientes de expropiación están compuestos por: el Decreto 190/2013, de 15 de octubre de 2013, por el que se incoa procedimiento para la expropiación temporal del derecho de uso de la vivienda sita en la calle Alonso de Ercilla, núm. 7, 3.º B, de Huelva, y se declara el interés social y la necesidad de ocupación con respecto al citado inmueble, publicado en el *BOJA* de 16 de

en Baleares se anunció la expropiación de 56 viviendas de grandes tene-
dores⁽⁹⁾, cuya aplicación final se ha reducido a 16 por las ventas de las
viviendas sujetas a la medida expropiatoria⁽¹⁰⁾. Lo mismo ha sucedido con
sus antecedentes legislativos directos dispuestos en Francia y Bélgica,
relativos a la expropiación y requisa de viviendas vacías, que solamente se
han aplicado una vez en Valonia⁽¹¹⁾. Existen mecanismos menos costosos
y más rápidos para aportar soluciones a las viviendas vacías; así, encontra-
mos las *Empty Dwelling Management Orders* u órdenes de gestión de
viviendas vacías del Reino Unido, previstas en Inglaterra y Gales, que pre-
senta unas estadísticas de aplicación superiores y un efecto disuasorio
constatable⁽¹²⁾.

Algunos legisladores autonómicos han apostado por utilizar determi-
nados impuestos como sanción ante las conductas que se consideran
antisociales, en lugar de acudir al mecanismo sancionador tradicional y
en la línea de otros Estados de nuestro entorno. Este es el caso del im-
puesto a las viviendas vacías, previsto por los legisladores de Cataluña,
País Vasco y Navarra, y que, respecto de la regulación catalana, se ha
declarado constitucional en la Sentencia de 17 de enero de 2019⁽¹³⁾. La
existencia de viviendas deshabitadas supone una utilización de la pro-
piedad privada contraria a la función social que debe cumplir, que en
este caso se concreta en destinarlas al uso habitacional de manera habi-
tual, y por ello se establece este impuesto como gravamen a la deshabi-
tación. En Cataluña, se trata de un impuesto de carácter finalista, por-
que con la cuantía recaudada se deben adquirir viviendas vacías para
destinarlas al arrendamiento social. Sin embargo, en el País Vasco y en
Navarra únicamente se plantea como un mecanismo recaudatorio y, por
tanto, de sanción ante la deshabitación, sin destinar la cuantía recauda-
da a una finalidad relacionada con la conducta que pretende mitigar,
aunque en el País Vasco se dispone que con estos ingresos se dote el
patrimonio municipal de suelo. La finalidad de esta utilización atípica del

octubre de 2013, y el Decreto 236/2013, de 10 de diciembre, por el que se incoa procedimiento para la expropiación temporal del derecho de uso de la vivienda sita en la calle Río Trueba, núm. 5, 1.º A, en Torremolinos (Málaga), y se declara el interés social y la necesidad de ocupación con respecto al citado inmueble, publicado en el *BOJA* de 22 de enero de 2014.

(9) EUROPA PRESS, de 2 de marzo de 2021.

(10) EL MUNDO, de 9 de diciembre de 2021.

(11) Fue en el municipio valón de *Philippeville*, en 1998. Véase la revista *Mouvement communal*, de 8 de septiembre de 1998, pp. 435-439.

(12) HOUSE OF COMMONS, 2019, pp. 1-24. En el periodo de 2004-2010 se aplicaron 28 órdenes, y a partir de junio de 2010 un total de 38, de conformidad con los datos proporcionados por los *Residential Property Tribunals*. El total de viviendas vacías ha disminuido de más de 300.000 vivien-
das en 2010 hasta 206.236 viviendas en 2019, lo que supone que estas viviendas constituyen menos
del 2% del total de viviendas.

(13) RTC 2019/4.

gravamen se resume en conseguir un concreto efecto ejemplificante: que los grandes tenedores de viviendas, por su posición asimétrica en el mercado, dejen de mantener esas viviendas deshabitadas en el actual contexto económico. Este impuesto persigue, en el fondo, que esta conducta no se siga produciendo, como sucede con la sanción. Pese a este elogioso fin, muy probablemente se puede llegar a asumir como un coste adscrito a esta conducta, es decir, pagar el impuesto para seguir deshabitando la vivienda.

Estas normas se inspiran en otras medidas que se han impulsado al respecto en el Derecho comparado. En Francia, se dispone una tasa de carácter compensatorio consistente en un tributo a cargo de los propietarios por la deshabitación de la vivienda, denominada *taxe d'habitation sur les logements vacants*. Asimismo, cuando la vivienda no está ocupada, se aplica la *taxe sur les logements vacants*, es decir, una tasa cuyo importe se incrementa con el paso del tiempo. Finalmente, en el caso de habitar una vivienda, el propietario siempre debe pagar una tasa llamada *taxe d'habitation*. En Bélgica, en concreto en Flandes, pueden aplicarse varias medidas fiscales para hacer frente a la oferta insuficiente de viviendas, como la *activeringsheffing* o tarifa de activación, si existe desabastecimiento estructural de viviendas, o la *leegstandsheffing*, que es una tasa que se aplica a los grandes tenedores de viviendas vacías. Sin embargo, Bruselas y Valonia han dejado a los municipios que sancionen la deshabitación de las viviendas, sin que exista una normativa regional al respecto. Finalmente, en el Reino Unido, no se han articulado estos impuestos sobre las viviendas vacías, aunque se eliminan las reducciones en el impuesto municipal equivalente a nuestro IBI, denominado *Council Tax*, limitándolas del 50 % al 10 % hasta desaparecer, mediante la aprobación de la *Local Government Act 2003*, si así lo deciden las autoridades municipales respecto de estas viviendas⁽¹⁴⁾.

Respecto de la aplicación del impuesto a las viviendas vacías⁽¹⁵⁾, en Cataluña se ha pasado de recaudar casi 19 millones de euros en 2016 a menos de 12 millones en 2018, mientras que no disponemos de datos oficiales en cuanto a su aplicación en Navarra y el País Vasco; en esta última Comunidad Autónoma, se ha aprobado el Decreto 149/2021, de 8 de junio, de vivienda deshabitada y de medidas para el cumplimiento de la función social de la vivienda⁽¹⁶⁾, en el que se establece un impuesto de 10 euros por metro cuadrado para aquellas viviendas que estén vacías durante más de dos años, cuantificadas en 15.134 en su Registro de Viviendas Deshabi-

(14) UNITED KINGDOM OFFICIAL DOCUMENTS de 18 de setiembre de 2003.

(15) Esta información ha sido proporcionada por la Consejería de Gobernación, Administraciones Públicas y Vivienda.

(16) BOPV de 18 de junio de 2021.

tadas. Respecto de las sanciones pecuniarias a los propietarios de viviendas vacías, previstas primigeniamente por diversos municipios y que se disponen en la Ley 12/2023, el resultado global en los diversos municipios donde se ha aplicado es una recaudación del 50 % respecto a la prevista, a la que se suman diversos pleitos y un elevado coste de los procedimientos administrativos en cuestión⁽¹⁷⁾. Finalmente, el recargo en el IBI para las viviendas vacías se encuentra regulado en las Ordenanzas Fiscales de algunos municipios⁽¹⁸⁾, en virtud de la normativa estatal relativa a las Haciendas locales, y establece un porcentaje progresivo del 50 % hasta el 150 % tras la modificación de la DF tercera LDV, cuya aplicación es potestativa por parte de los municipios.

Cabe indicar, a la vista de los datos y de las diversas Administraciones intervinientes, que las culpas son compartidas en el tiempo y en el espacio, y buena prueba de ello es que en diversos contextos las soluciones no han sido las adecuadas. Solo eso explica el nefasto resultado de las infinitas medidas reguladas, copiadas e inaplicadas a partes iguales en el periodo 2013-2022: no superan la prueba de idoneidad ni el de proporcionalidad, pues la Administración está obligada a utilizar los medios menos lesivos para los ciudadanos en el ejercicio de sus potestades. En suma, presentan una escasa utilidad para resolver el problema que nos ocupa. Los legisladores han confundido el jarabe adecuado y la dosis necesaria, para solucionar el acceso a la vivienda, con un elixir compuesto de medidas efectistas y poco efectivas. A los efectos de reequilibrar el acceso a la vivienda, sería conveniente plantear mecanismos que no dependan de situaciones coyunturales relativas a la falta o sobreoferta de viviendas, a la capacidad económica o a la coyuntura económica, para que pueda articularse un verdadero sistema de acceso a la vivienda, que sigue pendiente de una solución permanente o, al menos, estable. Lamentablemente, abordar este problema requiere de una acción conjunta entre los legisladores estatal y autonómico que trascienda sus intereses, para dotar de cierta unidad a la política española de vivienda. Esta acción conjunta no se observa en la legislación autonómica, cuya aplicación puede cuantificarse y, probablemente, a la luz de sus disposiciones, la aplicación de la Ley 12/2023 siga la misma suerte. Antes de intervenir en materia de vivienda en el ámbito civil, una injerencia oportuna y conveniente ante la desafortunada gestión privada del uso habitacional de la vivienda, resulta necesario e incluso ejemplificante una correcta actuación de la Administración en el destino completo al uso habitacional de

(17) MILLAR POWELL; BRYSE; O'REILLY; REHM, y THOMAS, 2022. En este sentido, véase lo sucedido en el municipio de Terrassa en QUERALT, de 16 de octubre de 2016.

(18) Estos municipios son Valls, Calafell, Torredembarra y El Vendrell.

sus viviendas protegidas, en atención a la desclasificación producida en los últimos años⁽¹⁹⁾. Insiste el Preámbulo en los datos de viviendas protegidas construidas, siendo en el periodo 1962-2020 de 5,7 millones de viviendas, que representan un 31,5 %. Sin embargo, estos datos requieren de contextualización, pues no se ponen en relación con el régimen de tenencia de arrendamiento y propiedad, a diferencia de los datos de EUROSTAT.

2.2 Resultados de las medidas de movilización de la vivienda vacía en Europa: el trasplante legal en España de las órdenes de gestión de viviendas vacías de Inglaterra y Gales

En el ámbito del Derecho comparado, diversas instituciones podrían adoptarse en nuestro Derecho mediante un *legal transplant*⁽²⁰⁾, en aras de favorecer el acceso a la vivienda vacía y habida cuenta de sus resultados. En cuanto a las medidas para favorecer el destino habitacional de la vivienda, es necesario destacar, por su éxito, el *Low Cost Home Ownership* o programa de vivienda asequible del Reino Unido, implementado en 1980. El contexto en el que se reguló este programa es importante, pues la vivienda en propiedad había alcanzado su límite –cuya prueba fue la crisis de los años noventa–, y se requerían alternativas más allá de promover el arrendamiento de mercado libre, debido a la exclusión práctica por falta de capacidad económica de las personas vulnerables⁽²¹⁾. Este programa consta de diversas medidas que, con modificaciones, siguen en su mayor parte vigentes en la actualidad: la propiedad temporal o *Shared Ownership*, que ha sido objeto de un *legal transplant* por el legislador de Cataluña y su consideración en el Informe España 2050; la denominada *Affordable Housing*, cuyo objetivo consiste en planificar la edificación de una zona residencial para obtener un precio inferior e incluir medidas como la propiedad temporal y el arrendamiento social o *Social Rented Housing*; y, para finalizar, se introdujo un nuevo producto de renta variable compartida, conocido como *HomeBuy*, que permitió seleccionar una vivienda de mercado libre mediante un préstamo hipotecario sin intereses sobre el 25 % del valor de la vivienda, accediendo a una propiedad compartida. Las dos primeras medidas reducen la subvención directa por parte de la Administración, fomentando la reducción del coste de la vivienda

(19) FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, 2021, pp. 137-169.

(20) En cuanto a las medidas alternativas referidas, indicamos aquí las propuestas de *legal transplant* que, a la luz de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, deberían adoptarse, remitiéndonos para su desarrollo a ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 1-454.

(21) COWAN; O'MAHONY, y COBB, 2016, p. 38.



en la misma ubicación donde existían viviendas a precio de mercado. Respecto de la última medida, aunque no proporcione directamente una vivienda, presenta como ventajas que el incremento del valor no suponía ningún coste para la Administración, los gastos iniciales de la compra se reducían y se eliminaba el depósito previo a la compra⁽²²⁾. Además, los compradores tenían disponible más oferta de vivienda y se reducían los riesgos al contratar un préstamo hipotecario.

Asimismo, cabe considerar, encarecidamente, la posibilidad real de gestionar las viviendas vacías, más allá de garantizar su uso habitacional, aunque sería lo deseable, con medidas de intermediación de la Administración provenientes del Derecho comparado europeo: estas formas de gestión de viviendas vacías, que no siempre garantizan su uso habitacional, se encuentran dispuestas en la *Housing Act 2004*, del Reino Unido, en el *Code de la construction et de l'habitation*, de Francia, y en Bélgica, en el *Code bruxellois du Logement*, de Bruselas, en el *Code wallon du Logement*, de Valonia, y en el *Vlaamse Wooncode*, de Flandes, por tratarse de un Estado plurilegislativo. De entre estas formas de gestión entendemos que las más adecuadas serían las previstas en el Reino Unido, porque se han establecido en estadios de intervención de temporales a definitivos, gozan de unas disposiciones muy pormenorizadas –y en ocasiones desarrolladas mediante las denominadas *Housing Orders*–, y han tenido una buena implementación práctica y duradera en el tiempo. Por ello, dedicaremos este apartado a su examen pormenorizado, partiendo de su aplicación práctica y analizando sus disposiciones.

La principal ventaja que poseen las órdenes de gestión de viviendas vacías u EDMOs –*empty dwelling management orders*– es que se configuran como un instrumento de aplicación progresiva y de último recurso, con la finalidad de conseguir el cumplimiento voluntario del propietario. Por este motivo, y por la intervención proporcionada que supone, creemos que su incorporación mediante un *legal transplant* puede ser un buen mecanismo para mejorar el acceso a la vivienda. Sin embargo, su aplicación práctica requiere de algunos matices, fruto de leves desajustes en su aplicación. Los *Local Councils* ingleses han aludido que las EDMOs presentan un procedimiento de aplicación demasiado complejo, y que carecen de unidad de actuación porque, debido a la intensidad de la intervención, se plantean diferentes orientaciones políticas sobre cuáles son las medidas más adecuadas⁽²³⁾. Podría parecer, en una primera aproximación, que parte del éxito de las EDMOs radica en que es precisamente la Administración más cercana al ciudadano quien la aplica, que es la

(22) WHITEHEAD, y MONK, 2011, p. 330.

(23) HENDERSON, 2015, p. 69.

que mejor puede conocer donde existen viviendas deshabitadas y demanda residencial. No obstante, la expectativa de reducir las viviendas vacías no puede alcanzarse por completo debido al contexto político e institucional.

El complicado encaje práctico de las EDMO se manifiesta también en las resoluciones de los *Residential Property Tribunals* o RPT, que señalan los diferentes inconvenientes en su aplicación⁽²⁴⁾; la diversidad de situaciones en la práctica y la respuesta de los propietarios ante los requerimientos de la LHA; y los comportamientos estratégicos para evitar la imposición de una EDMO, como la solicitud de ocupación de la vivienda por parte del propietario, reclamaciones referentes a la falta de adecuación de la EDMO en la práctica, o demandas relativas a la salud de su propietario. Para evitar estos inconvenientes, los *Local Councils* prefieren utilizar mecanismos como las *Compulsory Orders* y las *Tax Charges* o *Council Tax*. A los efectos de solucionar los inconvenientes que presentan las EDMOs, garantizar su éxito y pensando en su eventual *legal transplant* en España, cabe proponer la creación de un ente público de carácter regional e independiente, como una agencia, encargado de ejecutarlas. Asimismo, debería reflexionarse sobre la oportunidad de reducir el plazo de dos años de deshabitación que requieren las EDMOs para poder ser aplicadas. La demora en la intervención de la vivienda puede ocasionar efectos perjudiciales, como la exclusión de las viviendas que sean más susceptibles de ser arrendadas, y provocar desajustes entre la norma y la financiación de la medida, especialmente respecto del coste de las obras de conservación necesarias⁽²⁵⁾.

3. HACIA LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LA MOVILIZACIÓN DE LA VIVIENDA VACÍA EN ESPAÑA

Como reflexión final tras el análisis de la respuesta legislativa comparada, el fomento del acceso a la vivienda en España no se solucionará expropiándolas, ni gravando o sancionando a sus propietarios. Como ha venido siendo tradición en la legislación española, autonómica y estatal, suelen preverse soluciones cortoplacistas vinculadas a un contexto de acceso a la vivienda determinado, articuladas en forma de legislación motorizada y desasosegada, carente de la reflexión profunda que una solu-

(24) SANDERCOCK, 2003, pp. 401-407.

(25) BAKER, 2012, pp. 45-47. CERANIC; MARKWELL, y DEAN, 2017, pp. 558-567.

ción a largo plazo para el acceso a la vivienda requiere. Ninguna norma de las aprobadas en los últimos 15 años ha contado con informes previos acerca de su idoneidad⁽²⁶⁾, en atención a la técnica legislativa utilizada, ni ha resuelto el problema de acceso a la vivienda, porque se planteaban como soluciones reactivas frente a pronunciamientos judiciales o contextos de incremento de los lanzamientos de vivienda. Por su parte, la Ley 12/2023 dispone del informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial, que aludía su falta de oportunidad y justificación de las medidas allí previstas.

Los efectos de esta política de vivienda cortoplacista no han reducido su previsión legislativa, a pesar de su difícil implementación y escaso éxito en la mejora del acceso a la vivienda, ni han evitado anuncios prematuros con incidencia directa en el mercado: reducción de la oferta, incremento de los precios por falta de absorción de la demanda, tensión en el mercado inmobiliario, desincentivación de la inversión en vivienda, priorización de los arrendatarios más solventes frente a la escasez de vivienda, y el intervencionismo habitacional sin compensación en forma de limitación administrativa de derechos o de transferencia coactiva no expropiatoria, como límites en interés público del dominio que no requieren compensación. Estas medidas se demuestran ineficaces a largo plazo por los efectos negativos no previstos, así como por la repercusión al particular del coste de implementación de una determinada política pública de vivienda.

Este estadio intervencionista en el que nos encontramos respecto de la vivienda vacía y la mejora de su acceso puede superarse con lo que podríamos denominar una colaboración público-privada habitacional. El papel de la Administración debe evolucionar de los incentivos negativos y sus efectos a la intermediación, con la finalidad de conectar la sobreoferta de vivienda y la ingente demanda, e incluso estimulando que la demanda se redirija hacia la «España vaciada». Esta intermediación que se propone permite que la Administración no intervenga como parte en las relaciones jurídico-privadas que se deriven, reservando su papel al control público de su eficacia sin incidencia directa en sus prestaciones. En otras palabras, la Administración se libera de las vicisitudes de la ejecución de cualquier medida para centrar su actividad en el favorecimiento efectivo del acceso a la vivienda. Solo mediante una adecuada planificación y ejecución de las medidas de fomento del acceso a la vivienda, como origen del ansia legislativa de incentivos negativos que persiste en la actualidad, se conseguirá que el acceso a la vivienda en España deje de ser un problema acuciante pendiente de una solución permanente.

(26) NASARRE, 2020, pp. 299-482.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGELICH COMELLES, C., *La expropiación temporal del uso de viviendas*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- *Ley por el derecho a la vivienda*, segunda edición, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.
- ARRUÑADA, B., *La seguridad jurídica en España*. Fedea, 2021, disponible en: <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2021-18.pdf>.
- BAKER, C., «Empty homes: strategy or sticking plaster?», *Journal of Housing Law*, vol. 15, 3, 2012.
- CERANIC, B.; MARKWELL, G., y DEAN, A., «Too many empty homes, too many homeless – A novel design and procurement framework for transforming empty homes through sustainable solutions», *Energy Procedia*, 111, 2017.
- COWAN, D.; O'MAHONY, L. F., y COBB, N., *Great Debates in Land Law*, London, Palgrave, 2016.
- DOHERTY, J., «El origen del sinhogarismo: perspectivas europeas», *Documentación social*, 138, 2005.
- EL MUNDO, «El Govern balear ejecuta la expropiación de 16 pisos para destinarlos a vivienda social», de 9 de diciembre de 2021, disponible en: <https://www.el-mundo.es/baleares/2021/12/09/61b1ff7bfdddfc73a8b45cd.html>.
- EUROPA PRESS, «El Gobierno balear inicia la expropiación de 56 casas de grandes tenedores, con un coste de 1,8 millones por siete años», de 2 de marzo de 2021, disponible en: <https://www.europapress.es/illes-balears/noticia-govern-inicia-expropiacion-56-viviendas-grandes-tenedores-coste-total-18-millones-siete-anos-20210302123352.html>.
- FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, G., «Régimen jurídico de la descalificación de las viviendas protegidas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, vol. 55, 344, 2021.
- HENDERSON, S. R., «State intervention in vacant residential properties: an evaluation of empty dwelling management orders in England», *Environment and Planning C: Government and Policy*, vol. 33, 2015.
- HOUSE OF COMMONS, *Briefing paper Empty Dwelling Management Orders (EDMOs)*, 2019, disponible en: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04129/SN04129.pdf>.
- MILLAR-POWELL, B.; BRYNS, B.; O'REILLY, P.; REHM, Y., y THOMAS, A., «Measuring effective taxation of housing: Building the foundations for policy reform», *OECD Taxation Working Papers*, 56, 2022, disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/measuring-effective-taxation-of-housing_0a7e36f2-en.
- Mouvement communal, de 8 de septiembre de 1998.
- NASARRE AZNAR, S., *Los años de la crisis de la vivienda*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- PALOMAR OLMEDA, A., «Capítulo II: Derechos y libertades. Artículo 33», en CAZORLA PRIETO, L., PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.



- QUERALT, R., «¿Qué hacen las Administraciones con los pisos vacíos?», La Vanguardia, 16 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20161016/411001635131/pisos-vacios-catalunya.html>.
- SANDERCOCK, L., «Towards Cosmopolis: Utopia as construction site», en Campbell, S., y Fainstein, S. (eds.), *Readings in Planning Theory*, Oxford, Blackwell, 2003.
- VERDERA SERVER, R., «*Pro Proprietate*. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 76, 3, 2023.
- WHITEHEAD, C., y MONK, S., «Affordable home ownership after the crisis: England as a demonstration project», *International Journal of Housing Markets and Analysis*, vol. 4, 1, 2011.

XII

VIVIENDA HABITUAL Y EJECUCIÓN FORZOSA

A. Embargabilidad de la vivienda. El empresario de responsabilidad limitada^{*}

Bárbara Sánchez López

*Profesora contratada doctora de Derecho Procesal
Universidad Complutense
basanche@der.ucm.es*

Resumen: *La protección de la vivienda familiar frente a los acreedores varía significativamente entre Europa y EE. UU., a pesar de que ambos sistemas jurídicos se rigen por el principio de responsabilidad universal del deudor. En el ámbito español, la vivienda habitual es, como regla, embargable, con dos recientes y tímidos cambios, que se circunscriben a los escasos supuestos de «emprendedores de responsabilidad limitada» y a la inembargabilidad temporal de la vivienda del deudor concursado durante el plan de pago aprobado judicialmente. Frente a este limitado panorama, en EE. UU. las «homestead exemptions» ofrecen una protección más robusta y variada para la vivienda familiar que permite a los deudo-*

^{*} Este trabajo se enmarca en mis actividades realizadas como miembro del proyecto de investigación titulado «Eficiencia y acceso a la justicia en tiempos de austeridad», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00), e investigadora del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense.



res mantener su hogar hasta ciertos límites de valor o de extensión, con ligeras variaciones que dependen de cada legislación estatal y, en caso de concurso de acreedores, de la federal. La consideración de ambos modelos invitan, en suma, a reflexionar sobre la necesidad de reformar las leyes en España para introducir, con carácter general, normas de inembargabilidad relativa de la vivienda habitual que ofrezca mayores seguridades jurídicas y económicas sobre el acceso y el mantenimiento de un bien que debe considerarse de primera necesidad para toda persona.

Palabras clave: Embargo; Vivienda habitual; Bienes del deudor; Concurso de acreedores.

Abstract: *The protection of the family home against creditors varies significantly between Europe and the USA, despite both legal systems being governed by the principle of universal liability of the debtor. In the Spanish context, the seizability of family home is a general rule except in two recent and limited cases: the «limited liability entrepreneur» and the temporary non-seizability of the debtor's home during the judicially approved payment plan. In contrast, the «homestead exemptions» in the United States offer more robust and varied protection for the family home, allowing debtors to keep their home until certain limits of value or extension, with slight variations depending on each state's legislation and, in the case of bankruptcy, federal law. The consideration of both models promotes a reflection on the need to reform Spanish law in order to introduce, in general terms, a regulation on the relative unseizability of the family home, which would offer greater legal and economic security in terms of access to and maintenance of an asset that should be considered a basic necessity for every person.*

Keywords: Seizure; Family home; Homestead exemption; Bankruptcy.

Sumario: 1. Inembargabilidad de la vivienda y tradiciones político-jurídicas. 2. La tradición romano-continental. 2.1 El *beneficium competentiae* en Roma. 2.2 La pervivencia del *beneficium competentiae* en el Derecho eurocontinental. 3. La inembargabilidad de la vivienda habitual en España. 3.1 La inembargabilidad de la vivienda del emprendedor de responsabilidad limitada. 3.1.1 Los presupuestos de la «afección negativa» de la vivienda habitual de la persona emprendedora. 3.1.2 Balance crítico de la inembargabilidad de la LAEI. 3.2 La incentivación de la conservación de la vivienda habitual en la LCon y su «inembargabilidad temporal» durante el plan de pagos. 4. Las *homestead exemptions* del *common law*. 4.1 Correlación entre las *homestead exemptions* y la política de asentamiento territorial en el Oeste norteamericano. 4.2 De la Ley estatal de Texas de 1839 a la Ley federal de 1862. 4.3 Las *federal exemptions* de las *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*. Créditos excluidos. 4.4 La *homestead* y las *personal property*



exemptions del estado de Texas. 4.5 Irlanda, una muestra más de los sistemas de *civil law*. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA Y TRADICIONES POLÍTICO-JURÍDICAS

La *embargabilidad* o, en su formulación negativa, *inembargabilidad* de la vivienda dista con mucho de pertenecer únicamente al terreno del Derecho procesal. Entendida la inembargabilidad –en sentido amplio– como la cualidad legal de ser un bien susceptible –o no– de afectación y realización forzosa⁽¹⁾, la disciplina procesal presta su aparato científico y técnico al servicio de lo que no es sino una decisión de política jurídica en la que concurren consideraciones políticas, sociales y jurídicas de la máxima importancia. En lo que ahora nos ocupa, no es en absoluto exagerado afirmar que estamos ante una cuestión poliédrica. En la determinación de la inembargabilidad legal de la vivienda influyen, en mayor o menor medida, aspectos tan social y políticamente relevantes como el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y el derecho a la vida (art. 10.1 CE), la protección de la familia (art. 39 CE), el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), el régimen de la propiedad privada (art. 33 CE) o –como ahora nos disponemos a tratar– el grado de protección de la vivienda frente a la tutela del crédito que todo Estado debe plantearse en relación con la ejecución forzosa de un crédito, que es aspecto que entronca con el derecho a la ejecución comprendido en la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE.

El concepto mismo de inembargabilidad no está exento de estas consideraciones propedéuticas. Si en un sentido amplio, inembargabilidad es la cualidad negativa de no ser un bien susceptible de embargo, en un sentido estricto todavía hay que precisar –con Carreras Llansana– que «*el término inembargabilidad debe reservarse tan solo para aquellos bienes que siendo patrimoniales y alienables no pueden ser objeto de embargo por prohibición expresa [...]*»⁽²⁾. Esta caracterización de la

(1) Lo definitorio del embargo –su esencia misma– es la afectación de un bien determinado a un proceso concreto. CARRERAS LLANSANA, V., 1957, p. 128; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, 2001, pp. 265 y 278; CACHÓN CADENAS, 2018, p. 109; SÁNCHEZ LÓPEZ, 2019, p. 220; y, en el mismo sentido, por todas, la SAP Las Palmas (Secc. 3.ª) núm. 403/2015, de 13 de julio (ES: APGC:2015:2470).

(2) CARRERAS LLANSANA, 1957, pp. 161-162.



inembargabilidad es del todo oportuna a la hora de considerar la vivienda del deudor como objeto de un posible proceso de ejecución a uno y otro lado del Atlántico.

De entrada, esta definición de inembargabilidad se ajusta perfectamente al sentido que el artículo 606 LEC atribuye a los bienes inembargables *ex lege*⁽³⁾; y tiene, además, la virtud de evidenciar que el régimen de inembargabilidad de los bienes del deudor *ex* artículo 606 LEC, aun cuando su titular puede transmitirlos o disponer de ellos, presenta un carácter extraordinario en nuestro ordenamiento. En nuestra tradición jurídica, la inembargabilidad de un bien supone una excepción al principio de responsabilidad universal que corona el derecho patrimonial⁽⁴⁾ y, por ello, desde la perspectiva del artículo 24.1 CE toda norma de inembargabilidad debe fundarse en una finalidad legítima tal que, en términos de proporcionalidad, justifique el sacrificio de las legítimas expectativas de ejecución patrimonial de los acreedores. De lo que se trata con la inembargabilidad –en palabras de la STC Pleno 113/1989, de 22 de junio– es de crear una dispensa legal por la que ciertos bienes queden situados en «*una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna*»⁽⁵⁾. En nuestro derecho hasta ahora solo se han previsto legalmente dos supuestos relativos a la vivienda habitual del deudor: (i) el supuesto de la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada, dentro de los límites que determina la LAEI, que introdujo esta figura; y (ii) la conservación y correlativa incoercibilidad temporal de la vivienda habitual que propicia la LCon en el marco del plan de pagos propuesto por el deudor al amparo de los artículos 495 y ss.

(3) El artículo 605 LEC enmarca la inembargabilidad, en general, en las coordenadas de la falta de patrimonialidad, alienabilidad y autonomía, que impiden absolutamente a todo bien ser embargable. Cierra este artículo 605 LEC un último ordinal –el 4.º– que extiende la inembargabilidad a cualesquiera «*bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal*». Esta previsión conecta la inembargabilidad absoluta con las normas especiales del artículo 606 LEC, en virtud del cual son legalmente inembargables diferentes bienes del deudor por motivos sociales y asistenciales entre los que no se encuentra *strictu sensu* la vivienda habitual.

(4) La configuración de la inembargabilidad como límite del principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 CC es una tradición que se asume la misma Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en relación con la vivienda del emprendedor de responsabilidad limitada (v. su artículo 8). Doctrinalmente, puede verse, por todos, RÍOS MUÑOZ, 2018, 27-28; CASERO LINARES, 2012, 107; CUENA CASAS, *RDCP*, 2015, p. 429; AYLLÓN GARCÍA, 2020, 150.

(5) Valga recordar que esta STC (Pleno) 113/1889, de 22 de junio, declaró la inconstitucionalidad de una norma que hacía completamente inembargables ciertas prestaciones de la Seguridad Social «de manera incondicionada y al margen de su cuantía». De esta STC trae causa la existencia de nuestro actual artículo 607 LEC, relativo al embargo de sueldos y pensiones mediante tramos porcentuales de inembargabilidad en función de los ingresos del deudor.

En otros ordenamientos, en cambio, la inembargabilidad de la vivienda del deudor goza de cierta generalización con múltiples razones por fundamento, que van desde la protección de la familia a la dignidad y autonomía personal de la persona natural y de su familia, pasando por la configuración de la misma propiedad privada⁽⁶⁾. Esta pluralidad de fundamentos se traslada también al objeto mismo de la inembargabilidad en estos otros contextos. Así, según los países, este objeto puede ser «el hogar» del deudor, la «vivienda familiar», los «bienes de familia», el «fondo patrimonial» de la familia, la «*residence principale*» y aun cualquier inmueble no destinado principalmente a un uso profesional. Cabe también que este objeto sea inembargable en términos absolutos o en forma relativa, de manera que –en este último supuesto– la ley consiente su embargo y realización forzosa en cuanto *res* por los acreedores, si bien garantizando un *quantum* de valor mínimo al deudor, destinado a garantizar la subsistencia de su persona y su familia. Y todavía más: existen ordenamientos jurídicos en los que la (in)embargabilidad de la vivienda no está sometida a un régimen legal indisponible, sino que la ley misma permite al deudor –dentro de ciertos presupuestos– crear la exención de embargabilidad mediante una declaración formal de voluntad, normalmente susceptible de inscripción en algún tipo de registro público, como paradigmáticamente sucede Italia o en Francia con la *loi Dutreil*, que constituye el ejemplo que ha seguido la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI, en adelante).

Pues bien, una aproximación útil a esta interesante cuestión de la inembargabilidad o privilegio de inmunidad que es susceptible de gozar la vivienda del deudor parte de la distinción entre los sistemas de tradición romano-continental, como el nuestro, y los sistemas de *common law*. Esta distinción es importante porque patentiza los orígenes modernos de la inembargabilidad de la vivienda en las legislaciones estatales norteamericanas y las consideraciones político-jurídicas que han animado la llamada *homestead exemption* o inembargabilidad de la vivienda familiar. Solo por situarnos, cabe señalar que la *homestead* norteamericana arranca de la expansión de los colonos hacia el oeste a mediados del siglo XIX y de un modelo de asentamiento poblacional basado en el minifundismo. Desde entonces la *homestead* ha terminado configurando un modelo de propiedad privada y de acceso al crédito que favorece el dinamismo económico y el cumplimiento crediticio del deudor responsable y ha

(6) Un panorama comparado puede verse en FERNÁNDEZ DOMINGO, 2006; CUENA CASAS, RDGP, 2015; YAÑEZ VIVERO, RCDI, 2016; y RÍOS MUÑOZ, 2018, pp. 68 ss.

sido exportado a otros países del área de influencia americana, como México⁽⁷⁾, Brasil⁽⁸⁾ y Argentina⁽⁹⁾.

En las páginas que siguen nos situaremos ante la tradición eurocontinental de embargabilidad general de la vivienda y sus recientes excepciones, para contrastarlas, a continuación, con la *homestead* de algunas de legislaciones americanas. El objetivo es mover a la reflexión sobre la suficiencia de los tímidos y limitados cambios que el legislador español ha dado en la última década para proteger *ex lege* de ciertos acreedores la vivienda habitual del deudor, dentro del marco que representan, por un

(7) En México, desde la Constitución Nacional de 1949 «el Estado garantiza el “bien de familia” conforme a lo que una ley especial determine», según dispuso su artículo 37.2.” En la actualidad, el artículo 434 del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1943, en vigor hasta el 1 abril de 2027, declara que «no son susceptibles de embargo: (I) Los bienes que constituyan el patrimonio de familia, desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad», además de muchos otros bienes muebles que entroncan con el derecho eurocontinental, como: «(2) El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles de uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos, no siendo de lujo; 3. Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor esté dedicado; 4. La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados, a efecto de lo cual oír, el tribunal, el informe de un perito nombrado por él, a no ser que se embarguen juntamente con la finca; 5. Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales [...]».

La mayor parte de esta previsión ha pasado –con muy someras actualizaciones– al nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares de 2023 (Diario Oficial de 7 de junio de 2023), cuya entrada en vigor está prevista para el día 1 de abril de 2027, y que se hace eco de los nuevos modelos de familia actuales. Su artículo 1039 mantiene que «no son susceptibles de embargo: (I) Los bienes que constituyan el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, Oficina Registral o cualquier otra Institución Registral análoga según la Entidad Federativa de la que se trate, en los términos establecidos por el Código Civil; (II) El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles de uso ordinario de la persona deudora, su cónyuge o sus hijos, siempre que no se trate de artículos de lujo; (III) Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que la persona deudora esté dedicada; La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados a juicio de la autoridad jurisdiccional, a cuyo efecto oír el informe de un perito nombrado por ella a costa de la persona deudora; (IV) Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales [...]».

(8) En la actualidad, la Lei núm. 8.009, de 29 de Março de 1990, sobre sobre *Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família*, proclama en su artículo 1.º que «o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei». Entre estos supuestos en que responden estos bienes se encuentran el cobro de impuestos sobre el inmueble familiar o la ejecución de la hipoteca constituida sobre el inmueble familiar. Pero, a instancia de los acreedores, no cabe embargar el inmueble residencial propio de la pareja o familia en Brasil.

(9) Los ahora aplicables artículos 244 a 256 del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobados por ley 26.994 y promulgado por decreto 1795/2014 de 7 de octubre de 2017, regulan la inembargabilidad –que no inembargabilidad– por deudas posteriores de «un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor», oponible a terceros a partir del momento de su inscripción registral. Pero.



lado, la LAEI, reguladora del régimen de la persona emprendedora de responsabilidad limitada y, por otro, los planes de reestructuración de deuda y exoneración del pasivo insatisfecho *ex* artículo 497.2 LCon, que son los supuestos legales que expresamente se refieren a la vivienda como bien –limitadamente– sustraíble a la responsabilidad patrimonial universal del deudor en nuestro ordenamiento.

2. LA TRADICIÓN ROMANO-CONTINENTAL

2.1 El *beneficium competentiae* en Roma

En el Derecho eurocontinental, la inembargabilidad aparece históricamente vinculada a los bienes públicos⁽¹⁰⁾, pero no –al menos, expresamente– a la vivienda del deudor. Las razones de interés público o social no alcanzaron en Roma a fundar un privilegio de inembargabilidad de la vivienda del deudor, sino tan solo un mejor trato en el momento del embargo que ha llegado hasta nuestros días y que se basa en el llamado después *beneficium competentiae* y en la *excussio bonorum*.

El *beneficium competentiae* aparece ligado a ciertos supuestos de condena limitada a las posibilidades económicas del deudor (el «*id quod potest*») que, en lo que ahora importa, se introdujeron en la ejecución colectiva de los bienes del deudor en el procedimiento de la *bonorum venditio* y de la *cessio bonorum*. A partir del siglo xvi, este *beneficium* queda ya vinculado al derecho singular del deudor a retener una parte de su patrimonio para atender a su subsistencia, como ha llegado hasta nuestros días⁽¹¹⁾.

Por un lado, en el procedimiento de la *bonorum venditio* parece haberse introducido la praxis que, con el fin de que el deudor insolvente o *decoctor* –incluso, parece, de mala fe– pudiera rehacer su patrimonio, se le concedía, dentro del año siguiente a la ejecución colectiva, el beneficio de ser condenado dentro del límite de sus posibilidades económicas o *in id quod facere potest*⁽¹²⁾. En virtud de la *lex Iulia de bonis cedendi*, la

(10) En el Derecho tardorromano, la inembargabilidad de bienes públicos tales como las *res fiscales*, las *communes omnium*, las *sacrae* y las *sanctae*, aparece en varias fuentes romanas, como C. 7.37.3 (*De publicis et sumptibus in publica opera*), D. 1.8.8 (*Ulpianus 6 ad Edictum*) o I. 2.1.7.

(11) La expresión latina de este *beneficium* no aparece en las fuentes romanas, sino que es una elaboración moderna de los comentaristas alemanes. Sobre el *beneficium competentiae* puede verse más en BIALOSTOSKI (*JADDUD*), FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2006), PÉREZ ÁLVAREZ (*RJUAM*), PRADO RODRÍGUEZ (*RGDR*) y VALENCIA VIROSTA (*ADCon*).

(12) Se acostumbra a señalar como fuente, aunque es objeto de interpretaciones contrarias, el fragmento de PAULO en D. 42.1.51 pr.: «*si quis dolo fecerit, ut bona eius venirent, in solidum tenetur*».

condena limitada a lo que el deudor tuviera se aplicó también al supuesto de que el insolvente hiciera desamparo de todos sus bienes mediante la *cessio bonorum* en favor de sus acreedores⁽¹³⁾.

Por su parte, la *excussio bonorum* surge cuando la ejecución civil romana deja de tener carácter colectivo para proyectarse –a partir del siglo II d. C.– sobre bienes concretos del deudor, de tal manera que el embargo de sus bienes debe realizarse según cierto orden legal, recogido en D. 42.1.15.2, en el que eran preferidos los bienes muebles («*res mobiles et animales*») a los inmuebles («*etiam soli*»), y estos, a su vez, a los derechos y acciones del deudor («*etiam ad iura*»)⁽¹⁴⁾. Los inmuebles y predios –hay que comprender aquí la vivienda del deudor– quedaban, así, postergados en favor de los bienes muebles con el fin de lograr la mayor facilidad de realización de los bienes con el menor sacrificio patrimonial del deudor⁽¹⁵⁾, pero ningún texto romano excluyó expresamente de los bienes embargables la vivienda del deudor.

La genuina protección asistencial del deudor ejecutado la encontramos en el Derecho justiniano cuando, junto a la extensión de condena limitada a toda clase de deudores, se excluyen del embargo los bienes que sean necesarios para su subsistencia («*ne egeat*»)⁽¹⁶⁾.

Todo ello pasó después, a través del Derecho común, a ser conocido como *beneficium competentiae*, que engloba distintas figuras de limitación de responsabilidad del deudor, como el desamparo de bienes⁽¹⁷⁾ o las normas singulares de inembargabilidad⁽¹⁸⁾, como sucede con el lecho o los enseres de la casa del deudor. En todo caso, lo que no llegaron a excluir las fuentes romanas es la casa misma del deudor.

En el mismo sentido, pero de la época de DIOCLECIANO, encontramos el rescripto recogido en C. 7.75.6: «*Si actu sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis adversus fraudatorem intra annum in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quo minus possit, edicto perpetuo tantum actionem permitti*».

(13) C. 7.71.4 pr.: «*Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sint liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem*». Por su parte, en ULPIANO en D. 42.3.4 expresa que «*is qui bonis cessit si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur*» (pr). «*I. Sabinus et Cassius putabant eum qui bonis cessit ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari*».

(14) Sobre el proceso de ejecución en Roma y el régimen del embargo y de la realización forzosa, v., por todos, DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, 2013.

(15) Así, DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, 2013, p. 107.

(16) Así, C. 50.17.173, pr. (Paul. L. VI ad Plaut.): «*In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant*». Otro fragmento atribuido también a PAULO y recogido en D. 12.1.19 expresa que al deudor en razón de una donación no se le arrebate todo lo que tiene («*... Immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat*»).

(17) Esta es la perspectiva de los trabajos de VALENCIA VIROSTA (ADEcon, pp. 203-230) y de GRILLONE (2023), a quienes no faltan razones para conectar el *beneficium competentiae* con el novedoso mecanismo de segunda oportunidad de los deudores de la Ley 25/2015, de 28 de julio.

(18) Así, CARRERAS LLANSANA, 1957, p. 187.



2.2 La pervivencia del *beneficium competentiae* en el Derecho eurocontinental

Por influjo del Derecho romano, en la generalidad de sistemas jurídicos eurocontinentales está fuertemente arraigada la idea de patrimonialidad y embargabilidad de la vivienda del deudor, con excepciones puntuales y recientes.

Por ceñirnos a nuestro contexto, el Derecho histórico castellano recogió muchos y variados bienes inembargables del deudor como pertenecientes a lo que hoy denominaríamos «mínimo vital inembargable», pero nunca referidos –como es de ver en la Partida 3.27.3– a la casa del deudor⁽¹⁹⁾. Los bienes inembargables eran, en la época alfonsina, bienes que o estaban vinculados al trabajo o al desempeño de oficios o eran tan personalísimos –como las ropas del deudor– que repugnaba a la conciencia su aprehensión y realización. Lo más cercano que encontramos a la inembargabilidad de la casa del deudor se halla, en sede de materia pignoraticia, en la Partida 5.13.5, en cuya virtud se excluye de la prenda de bienes del deudor «*su lecho de él de su mujer; e la ropa*»⁽²⁰⁾,

(19) Bajo el título «*En quales bienes deue ser cumplido el juyzio*», la Ley 3 de la Partida 3.27 sigue la misma prelación de bienes que D. 42.1.15.2, en cuanto dispone «[...] primeramente tomando de las cosas que fueren muebles tantas en que se puede cumplir; e pagar la quantia de la debda que es puesta en la sentencia: e si el mueble non abondasse deuen tomar de las cosas que son rayz tantas que cumplan. E quando todo esto non cumpliesse para fazer la entrega, deuen entregar al vencedor de las debdas manifestadas que deuen al vencido, fasta que se cumpla la quantia de la sentencia. E non deuen entregar por razon de la debda sobre que fue dado juyzio en cauallos, nin en armas de caualleros: nin es soldada, nin en tierra que fuesse puesta para guisamiento dellos: nin en buyes de arada cuyos quier que sean, fallando otros bienes del vencido en que se pueda cumplir el juyzio [...]».

(20) Bajo la rúbrica «*Qué cosas son aquellas que no son obligadas aunque el señor de ellas obligue todos sus bienes a peños*», la legislación alfonsina recoge como bienes especiales que no pueden ser tomados en prenda o embargo: «*barragana que tenga manifestadamente en su casa; e los hijos que hubiere de ella; e los criados; e siervo o sierva que tuviere señaladamente para servirle; e guardarle e criarle sus hijos; e las otras cosas de su casa que ha menester cada día para servicio de su cuerpo; o de su compañía, así como su lecho de él e de su mujer; e la ropa; e las otras cosas todas de su cocina que ha menester para servicio de su comer. E las armas; e el caballo de su cuerpo. E todas las otras cosas que hubiere entonces e aún las que atiende haber después, fincan obligadas por razón de tal empeñamiento. Salvo estas sobredichas u otras algunas si las hubiere, que sean semejantes de estas*». Otras leyes de la Partida 5 aluden expresamente a la prenda o embargo de la casa del deudor. La Partida 5.13.4 aclara, por ejemplo, que «*empeñando algun ome la carta de donadio, o de compra de alguna su heredad, o casa, entiendese que se empeña la heredad, o la casa, sobre que fue fecha la carta tambien, como si fuesse apoderado, de la possession della, aquel a quien la empeño [...]*».

En materia de desamparo de bienes por el deudor insolvente, el rigor de la responsabilidad patrimonial del deudor se endurece en la Partida 5.15.1, que obliga al juzgador a «*tomar todos los bienes del debdor; que desampara lo suyo, por esta razon: sinon los paños de lino que vistiere: e non le deue otra cosa ninguna dexar. Fuera ende, si tal debdor como este, fuesse padre, o auuelo, o alguno de los otros ascendientes, que ouiesse algo a dar a alguno de aquellos que descendiessen dellos. O si fuesse fijo, o alguno de los otros descendientes, que ouiesse algo*

que –podemos inferir– ha pasado a nuestras leyes de enjuiciamiento modernas⁽²¹⁾.

En el contexto del Derecho eurocontinental, la promulgación del *Code civil* francés de 1804 supuso la consagración legal del principio de responsabilidad patrimonial del deudor, configurado en su artículo 2.285 como «*le gage commun de ses créanciers*», con muy pocas salvedades (relativas a prohibiciones de disponer establecidas por testamento o donación). Pero las tradicionales normas de inembargabilidad basadas en garantizar la subsistencia del deudor se mantuvieron y pasaron a alojarse en el *Code de procédure civile* de 1806. En sus artículos 583 y ss. se reguló el embargo y la realización forzosa de los bienes del deudor en términos tales que disponían su notificación en el domicilio de la persona embargada («*la demeure du saisi*», dice el artículo 586), al que se podía acceder por la fuerza (art. 587), para proceder a la aprehensión de los bienes del deudor, incluida la plata y el dinero (arts. 589 y 590). Por su parte, los artículos 673 y ss. regularon el embargo y la ejecución de los inmuebles, así rurales como casas urbanas, sin consideración a su destino como vivienda. Los únicos bienes declarados legalmente inembargables por este primer código procesal francés son los que figuran en su artículo 592, a saber: la ropa de cama necesaria para el deudor y sus hijos, así como los vestidos que porten; los libros relativos a la profesión hasta la suma de 300 Fr., a elección del deudor; máquinas e instrumentos utilizados para la enseñanza, la práctica o el ejercicio de las ciencias y las artes, hasta la misma suma, a elección del embargante; equipo militar,

a dar; a alguno de aquellos de quien descendiessen. O si fuesse ome que deuiesse algo a su muger: o ella o a su marido. O si fuesse ome que deuiesse algo a aquel a quien auia aforrado, o el aforrado a el. O si fuesse compañero de aquellos que firman compañía entre si, auiendo o trayendo sus bienes de so vno, que deuiesse algo al otro, o el compañero a el. O si fuesse ome a quien demandassen en iuyzio sobre donadio que ouiesse fecho a otro. Ca estonce, el judgador deue dextar a cada vno destos sobredichos, tanta parte de sus bienes, de que puedan biuir guisadamente. E lo otro todo deue mandar vender en almoneda: e entregar el precio destos bienes a los deudores sobredichos».

(21) Valga mencionar, como paso intermedio, que la Novísima Recopilación mantuvo el mismo orden romano de practicar el embargo (Libro 11.28.12). De esta compilación cabe citar dos aspectos en la materia que nos ocupa. De un lado, la prevención, a fin de evitar expolios y robos, de que los corregidores no envíen ejecutores para allanar sin más las casas de los deudores ausentes que se encuentren cerradas, sino que, en su lugar, «*les Alguaciles no abran las dichas puertas sin estar presente el Alcalde; y no le habiendo, un Regidor ó Jurado, y á falta destos, un vecino*» (Novísima Recopilación 11.29.6); y de otro lado, ciertas normas singulares de inembargabilidad y exenciones de ejecución relativas a los agricultores y a sus animales y aperos de labranza (Novísima Recopilación 11.31.14 a 17), luego extendidas a las personas e instrumentos del comercio de seda (ley 18, *ibidem*) que, finalmente, por real cédula de Carlos III en el año 1876, fueron reconocidas «*á todas las demas fábricas, artes y oficios del reyno*», para que «*los operarios de todas las fábricas de estos reynos, y los que profesen las artes y oficios, qualesquiera que sean, no se les pueda arrestar en las cárceles por deudas civiles ó causas livianas, ni embargarles ni venderles los instrumentos destinados á sus respectivas labores, oficios ó manufacturas*» (Ley 19, *ibidem*).



según orden y rango; herramientas de artesanos, necesarias para sus ocupaciones personales; harina y alimentos básicos necesarios para el consumo del embargado y su familia, durante un mes; y, por último, una vaca, o tres ovejas o dos cabras, a elección del embargado, con la paja, forraje y grano necesarios para la cama y alimentación de dichos animales durante un mes⁽²²⁾.

Volviendo a España, la LEC de 1855 también mantuvo una norma muchas más restrictiva que la francesa sobre inembargabilidad de los bienes del deudor en el artículo 951, en virtud de la cual *«no se causarán nunca embargos en el lecho cotidiano del deudor; su mujer e hijos; en las ropas del preciso uso de los mismos, ni en los instrumentos necesarios para el arte ú oficio, á que el primero pueda estar dedicado. Ningunos otros bienes se considerarán exceptuados»*⁽²³⁾. Esta disposición, ampliada ligeramente en cuanto a su objeto, pasará al artículo 1449 LEC de 1881, que establecía que *«tampoco se embargará nunca el lecho cotidiano del deudor; de su cónyuge e hijos, las ropas del preciso uso de los mismos, el mobiliario, libros e instrumentos [...]»*, entre otros⁽²⁴⁾.

En nuestros días, el *beneficium competentiae* pervive en el artículo 606 LEC, que recoge –entre otros–, como bienes inembargables del ejecutado⁽²⁵⁾, *«1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse*

(22) En la actualidad, la inembargabilidad de los bienes muebles del deudor se contiene, genéricamente, en el artículo L112-2.2.º del *Code des procédures civiles d'exécution*, que atribuye esta condición a los bienes muebles necesarios para la vida y el trabajo del embargado y de su familia, salvo el pago de su precio, dentro de ciertos límites fijados reglamentariamente; así como su artículo R112-2, que contiene una relación más concreta que destaca por su actualidad (no en vano se introdujo mediante *Ordonnance* núm. 2011-1895 du 19 décembre 2011), a saber: 1º Ropa; 2º Ropa de cama; 3º Ropa de casa; 4º Objetos y productos necesarios para el cuidado personal y el mantenimiento de los locales; 5º Productos alimenticios; 6º Artículos domésticos necesarios para la conservación, la preparación y el consumo de alimentos; 7º Aparatos de calefacción; 8º Una mesa y sillas para las comidas en común; 9º Un armario para guardar la ropa blanca y la ropa de vestir y otro para guardar el menaje; 10º Una lavadora; 11º Libros y otros artículos necesarios para la continuación de los estudios o la formación profesional; 12º Artículos para niños; 13º Recuerdos de carácter personal o familiar; 14º Animales domésticos o de compañía; 15º Animales destinados a la subsistencia del embargado, así como los alimentos necesarios para su cría; 16º Herramientas de trabajo necesarias para el ejercicio personal de la actividad profesional; 17º Un teléfono que permita el acceso al servicio telefónico fijo o móvil.

(23) Mención aparte merecía el embargo de sueldos y pensiones, que el artículo 952 LEC de 1855 sometía porcentajes relativos de embargabilidad.

(24) Advuértase que casi con el mismo tenor la inembargabilidad de lecho y ropas del deudor la han recogido las codificaciones latinoamericanas de los siglos XIX y XX. Todavía hoy esta anacrónica inembargabilidad de lecho y ropas se mantiene en el claudicante Código Federal de Procedimientos Civiles de México, mientras que en Argentina se dejó ya atrás con la derogación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina de 1981.

(25) Un examen más desarrollado sobre los bienes y derechos susceptibles de embargo en España puede verse en SÁNCHEZ LÓPEZ, 2019, 234-269.

superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia», además de «2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada». Este artículo 606 LEC ha dejado atrás el obsoleto «lecho y ropas» del deudor; pero vale notar que declara inembargables, no la vivienda del deudor, sino el menaje y mobiliario de la casa y las ropas del ejecutado y su familia, siempre que no se reputen superfluos⁽²⁶⁾. De esta manera, se da por sobreentendido que la vivienda en sí del deudor es –como es tradicional en nuestro derecho– un bien perfectamente embargable y, por ello, el artículo 592 LEC incluye como embargables todos los inmuebles sin distinción, con preferencia, en particular –según el ordinal 4.º de la prelación subsidiaria y dispositiva de bienes de este artículo⁽²⁷⁾–, al embargo de «*sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas*»⁽²⁸⁾.

Esta concepción es coincidente con el § 811 (1) de la ZPO alemana, que recoge también como bienes inembargables las cosas necesarias para el deudor o sus convivientes para: a) desarrollar un estilo de vida y

(26) Para embargar estos bienes debe examinarse «caso por caso para determinar el carácter de indispensable que los bienes deben tener; alejándose de automatismos nada adecuados, y examinando el caso concreto en función de las circunstancias concurrentes que relacionan los objetos o bienes embargados con la perspectiva ineludible de la dignidad humana y el mínimo vital que se recoge en nuestro ordenamiento de forma insoslayable» (AAP Valencia, Secc. 7.ª, núm. 226/2017 de 26 de mayo, ES: APV:2017:5194A y AAP Lérida, Secc. 2.ª, núm. 91/2004 de 2 de septiembre, ES: APL:2004:407A). ACHÓN BRUNÉN (2018, p. 152) puntualiza que este examen casuístico no debe diferenciar entre ejecutados en función de su estatus social o nivel de vida, por exigencias del principio de igualdad de trato, «sin perjuicio de que se deban tener en cuentas las especiales circunstancias que puedan concurrir en el ejecutado por razón de su avanzada edad, enfermedad, discapacidad, etc.». Como bienes embargables y no exentos de ejecución, la doctrina incluye joyas, abrigos de pieles; y como bienes inembargables, electrodomésticos de uso diario como la lavadora, el frigorífico o enseres que integran el ajuar doméstico (salvo los de una segunda residencia. V. CACHÓN CADENAS (2019, p. 130), ACHÓN BRUNÉN (2018, pp. 152 y 157). Por lo demás, vale advertir que para la práctica del embargo de bienes muebles de la casa del deudor que resulten embargables y para la que resulte la entrada en domicilio, que es inviolable, debe cumplirse el canon de constitucionalidad que pide este tipo de medida de entrada en domicilio (SÁNCHEZ LÓPEZ, 2021), que los jueces están obligados a verificar en concreto. V. la STSJ Cantabria 711/2013, de 10 de octubre (ES: TSJCANT:2013:1223).

(27) Esta norma, por lo demás, es un precepto de naturaleza dispositiva («si acreedor y deudor no hubieren pactado otra cosa, dentro o fuera de la ejecución», dispone el artículo 592.1 LEC). Por lo tanto, en línea con lo avanzado por CARRERAS LLANSANA (1957, p. 96), el orden de embargo «puede ser derogado por la voluntad de las partes conforme al artículo 6.2.º CC y conforme al propio artículo 592.1 i.f. LEC» (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, 2001, p. 273).

(28) La preferencia legal del artículo 592 LEC por los inmuebles es más que discutible, como ha criticado con razón ACHÓN BRUNÉN, 2018, pp. 157-158.

gestión doméstica modestos (*«für eine bescheidene Lebens- und Haushaltsführung»*); b) el empleo o la formación superior; c) los motivos de salud; y d) los ligados a las creencias religiosas siempre que superen los 500 euros de valor; así como (2) los cenadores, cabañas y estructuras similares utilizadas por el deudor o su familia como vivienda permanente que estén sujetos a embargo mobiliario (*«gartenhäuser, Wohnlauben und ähnliche Einrichtungen, die der Schuldner oder dessen Familie als ständige Unterkunft nutzt und die der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen unterliegen;»*), entre otros bienes. Los dos primeros supuestos, que comprenden muebles, electrodomésticos, vestido y ropa de cama, además del último supuesto mencionado, pueden ser objeto de embargo si previamente el acreedor proporciona al deudor un bien de reemplazo o el equivalente económico –este sí, inembargable– que permita su adquisición (§ 811. 2 ZPO). En suma, la vivienda es también embargable en general en Alemania.

En Italia, en cambio, la inembargabilidad del lecho y el menaje del hogar del artículo 514.2 *codice di procedura civile* de 1940⁽²⁹⁾ convive, desde 1975, con el régimen de jurídico del *«fondo patrimoniale»*, constituido convencionalmente por uno o ambos cónyuges –e inscrito registralmente– para subvenir a las necesidades de la familia nuclear⁽³⁰⁾. Su regulación se contiene en los artículos 167 y ss. *codice civile* y configura un patrimonio de destino, por el que determinados bienes presentes –no futuros–, tales como inmuebles o muebles inscritos en registros públicos y créditos, quedan afectos al cumplimiento de las cargas de la familia (*ad sustinenda onera matrimonii*). Obviamente, la vivienda habitual es un bien perfectamente apto para ser incorporado convencionalmente a este fondo patrimonial (cuya constitución, por lo demás, puede ser impugnada por los acreedores mediante la acción revocatoria ordinaria del artículo 2901 cc). Pues bien, a los bienes que lo forman el artículo 169 cc les atribuye la condición de inalienables –salvo por mutuo acuerdo de los cónyuges o, si existen hijos menores, con autorización judicial–, mientras que el artículo 170 cc, por su parte⁽³¹⁾, consagra

(29) Literalmente, su objeto recae sobre *«l'anello nuziale, i vestiti, la biancheria, i letti, i tavoli per la consumazione dei pasti con le relative sedie, gli armadi guardaroba, i cassettoni, il frigorifero, le stufe ed i fornelli di cucina anche se a gas o elettrici, la lavatrice, gli utensili di casa e di cucina unitamente ad un mobile idoneo a contenerli, in quanto indispensabili al debitore ed alle persone della sua famiglia con lui conviventi; sono tuttavia esclusi i mobili, meno i letti, di rilevante valore economico anche per accertato pregio artistico o di antiquariato»*.

(30) V. PARADISO, 2018, pp. 719-720.

(31) El artículo 170 cc dice así: *«L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia»*.

la sustracción de estos bienes de toda la ejecución forzosa por deudas que el acreedor supiera que se contrajeron para finalidades ajenas a las necesidades de la familia⁽³²⁾ ⁽³³⁾.

En España, por el contrario, hasta que la crisis económica de 2007 no ha forzado al Estado a intervenir en protección de los deudores en situación de vulnerabilidad económica y a fomentar las iniciativas empresariales de particulares, no contamos con precedentes legales que sustraigan la vivienda del deudor de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC. Hasta estos momentos bien recientes, el principio de la responsabilidad patrimonial universal ha gobernado la embargabilidad de la vivienda del deudor con las dos excepciones que se examinan seguidamente y que, a mi juicio, superan el canon de proporcionalidad de la STC 113/1989, de 22 de junio, a la luz, especialmente, del artículo 25 CEDH⁽³⁴⁾.

(32) La relación funcional entre la finalidad de la deuda y el levantamiento de las cargas familiares debe ser examinada judicialmente caso por caso, cualquiera que sea la naturaleza contractual o extracontractual de la deuda. Lo determinante es que tenga relación con las necesidades de la familia y, así, la reciente Cass. civ., sez. III, 8 febbraio 2021, n. 2904, ha sostenido que las obligaciones derivadas del ejercicio de una actividad empresarial o profesional, aunque guardan una relación directa con esta actividad, también circunstancialmente pueden servir a satisfacer las necesidades de la familia. «*La circostanza che il debito sia sorto nell'ambito dell'impresa o dell'attività professionale non è di per sé idonea ad escludere in termini assoluti che esso sia stato contratto per soddisfare i bisogni della famiglia*» (v. Cass., 26/3/2014, n. 15886; Cass., 7/7/2009, n. 15862)». Y, así, en el caso de la sentencia, se concluyó que el embargo en favor del banco acreedor para pago de una deuda asumida por el padre deudor como fiador de un préstamo de la sociedad mercantil de la que es socio, «*appare del tutto legittimo presumere che dall'attività d'impresa di cui faceva parte il P. derivassero i mezzi di sostentamento del nucleo familiare, di modo che le obbligazioni fideiussorie assunte ricollegabili a tale rapporto societario ben possono ritenersi rientrare nell'alveo di quelle prestate nell'interesse della famiglia*».

(33) Un panorama comparado más amplio geográficamente puede verse en RÍOS MUÑOZ, 2018, pp. 68 ss.

(34) La constitucionalidad de una norma de inembargabilidad de un bien debe medirse, como ha señalado la STC 113/1989, de 22 de junio, por el metro que proporciona el principio de proporcionalidad, que se proyecta sobre estos dos aspectos: «*en primer lugar, y con carácter general, [sobre] si la inembargabilidad de bienes y derechos constituye limitación constitucionalmente justificada del derecho del acreedor a que se ejecute la Sentencia firme que le reconoce su derecho de crédito y, en segundo lugar, y en caso afirmativo, [sobre] si la inembargabilidad de las pensiones que declara el artículo 22.1 de la Ley General de la Seguridad Social es proporcionada a la finalidad constitucional que la justifica*». En el caso examinado en esta STC se consideró que una norma legal de inembargabilidad ilimitada de pensiones vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva «*en la medida en que, al no señalar límite cuantitativo, constituye sacrificio desproporcionado del derecho a que las Sentencias firmes se ejecuten, garantizado, según se deja dicho, por el artículo 24.1 de la Constitución*». Estas consideraciones son, como poco, extrapolables, a mi juicio, a la inembargabilidad de la vivienda del deudor, que el artículo 25 CEDH entronca con el derecho de toda persona «*a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, vestido, la vivienda...*». Corresponde al legislador estatal —ex artículo 149.1.1.º, 6.º y 8.º CE— determinar los límites llamados a conciliar el legítimo derecho de los acreedores al cobro y ejecución de deudas con la debida dignidad y subsistencia digna del deudor en una vivienda digna, como ya ha hecho en los supuestos legales que se examinan en el texto principal.



3. LA INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL EN ESPAÑA

Cuanto se dice a continuación se refiere a la inembargabilidad de la vivienda que tiene origen legal o no convencional en nuestro ordenamiento. No se comprenden las limitaciones legales –que no límites o exclusiones de embargabilidad– que recaen sobre la vivienda familiar y que condicionan su transmisibilidad en el ámbito del Derecho de familia⁽³⁵⁾, ni se incluye la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, porque –aunque esto merecería una reconsideración– la ley no determina la inembargabilidad *ex lege* de la vivienda habitual⁽³⁶⁾.

El beneficio de exclusión de la vivienda habitual que se ha introducido en nuestro ordenamiento ha tenido por motivación –hasta ahora– incentivar la actividad económica o profesional del deudor, ya para emprender o ya para rehacerse tras una situación de insolvencia; pero no –más en general– en el desarrollo de los valores constitucionales que acostumbran a ligarse a la vivienda habitual, como espacio necesario para el desarrollo de la dignidad y la vida (art. 10.1 CE), la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), la protección de la familia (art. 39 CE) o el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE). Estas experiencias españolas son muy limitadas y parciales, como se verá seguidamente.

3.1 La inembargabilidad de la vivienda del emprendedor de responsabilidad limitada

La primera –y, de forma expresa o abierta, única– excepción legal de la vivienda habitual del principio de responsabilidad patrimonial universal que ha traído la crisis de los años 2008 en adelante es la que se contiene en el artículo 8 LAEI. Esta ley introdujo en el año 2013 un régimen alternativo a la responsabilidad limitada que conlleva la constitución de

(35) Así, p. e., las limitaciones a los actos dispositivos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque pertenezcan a uno solo de los cónyuges, que imponen los artículos 96.1 y 1320 CC.

(36) De hecho, en varias ocasiones del iter legislativo se rechazó la oportunidad de otorgar la condición de inembargable a los bienes –o a cierta clase de bienes– integrados en el «patrimonio protegido de las personas con discapacidad» constituido al amparo de esta ley en favor de personas afectadas de minusvalía de carácter psíquico igual o superior al 33 por ciento o de carácter física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. Esto quiere decir que, a falta de norma expresa de inembargabilidad, el embargo que se proponga en concreto debe poder ser considerado «superfluo», de acuerdo con las previsiones del artículo 606.1.º LEC; otra cosa son las normas de Derecho foral. V. SÁNCHEZ LÓPEZ (2019, 253) y, más extensamente, ACHÓN BRUÑEN (2018, 154-155).

una sociedad de capital unipersonal, para desarrollar una actividad económica o profesional, con la fundamental diferencia de que esta novedad legal consigue solo la limitación de un único bien, la vivienda habitual de la persona emprendedora; y acaso esto, precisamente, explica el escaso arraigo de esta figura en estos años.

3.1.1 *Los presupuestos de la «afección negativa» de la vivienda habitual de la persona emprendedora*

Bajo la influencia del precursor ejemplo francés⁽³⁷⁾, el artículo 8 LAEI regula –con la eufemística denominación de «*Eficacia de la limitación de responsabilidad*»– las condiciones de inembargabilidad de la vivienda habitual del «emprendedor de responsabilidad limitada», siempre que se cumplan determinados presupuestos⁽³⁸⁾ que encorsetan mucho esta «afección negativa»:

1.º) Subjetivamente, este beneficio está establecido en favor de quien cumpla simultáneamente la doble condición de (i) ser persona física que desarrolle en territorio español una actividad económica empresarial o profesional y se inscriba como tal persona emprendedora en el Registro Mercantil (arts. 2, 3 y 9 LAEI), incluso aunque no tenga tal obligación, como agricultores, profesionales, artistas⁽³⁹⁾; y (ii) no haber actuado «*con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por*

(37) La Memoria de Análisis de Impacto Normativo que acompañaba al proyecto de la LAEI presenta la francesa *Loi de modernisation de l'économie* de 4 de agosto de 2008 (JORF de 5 de agosto de 2008), como antecedente, aunque la limitación de responsabilidad del emprendedor se remonta en Francia a la llamada *loi Dutreil* de 2003, luego reformada en el año 2015. El modelo francés, que se regula en el artículo L526-1 del *Code de Commerce*, propone la inembargabilidad legal –«*insaisissabilité de plein droit*»– de la residencia principal del empresario de responsabilidad limitada, que opera automáticamente con tal que (i) sea su residencia efectiva y actual (Cass. Com. 29 mai 2019, núm. 18-16.097); y (ii) el crédito empresarial sea posterior a la Ley de 6 de agosto de 2015 (Cass. Com. 13 avril 2022, n°20-23.165, FR: CCASS:2022: CO00249). Este este beneficio es extensible también, si bien mediante declaración de inembargabilidad del deudor sujeta a inscripción registral, a «*ses droits sur tout bien foncier; bâti ou non bâti, qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel*».

(38) Sobre esta figura, v. VICENT CHULIÁ, *LN*, CUENA CASAS, *RDCP*; YÁÑEZ VIVERO, *RCDI*; y BERROCAL LANZAROT, *CDC*.

(39) No puede tratarse de «autónomos societarios», es decir, personas que «*no desarrollan directamente la actividad profesional, sino mediante sociedades por ellos administradas*» (RDGSJ y FP de 26 de septiembre de 2022, *BOE* 27 de octubre núm. 258). Por otro lado, la falta de depósito de las cuentas anuales en los siete meses siguientes al cierre del ejercicio determina la pérdida de la inembargabilidad del artículo 8 de la Ley, respecto de las deudas el emprendedor perderá el beneficio de la limitación de responsabilidad en relación con las deudas «*contraídas con posterioridad al fin de ese plazo. Recuperará el beneficio en el momento de la presentación*» (art. 11.3 LAEI).

sentencia firme o en concurso declarado culpable» (art. 8.4 LAEI). Este segundo requisito plantea el problema de que, por su modo de operar, está llamado a ser condición resolutoria de un beneficio cuya eficacia, en el seno de un proceso de ejecución singular, resulta difícil de coordinar con lo que resulte de un eventual y posterior proceso concursal.

2.º) En razón de la causa del beneficio, la inembargabilidad de la vivienda se disfruta únicamente *«por deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional»* (art. 8.1 LAEI), con independencia de su naturaleza contractual o extracontractual, y en todo caso con la excepción de las deudas de derecho público⁽⁴⁰⁾, cuya desmedida protección lastra los intentos por alentar el emprendimiento⁽⁴¹⁾. El resto del patrimonio del deudor no queda exento de la responsabilidad derivada de la actividad empresarial o profesional; ni tampoco lo está la vivienda habitual ni los bienes de equipo respecto de aquella otra a responsabilidad que no tenga origen en la actividad empresarial o profesional de la persona emprendedora, ni aun de las que sí lo tengan pero sean anteriores a la anotación de esta afección negativa en el Registro de la Propiedad. Se da por descontado que la exención no opera frente al acreedor que es titular de un derecho real de hipoteca, pues va de suyo que la inembargabilidad solo opera frente a créditos posteriores y que ninguna entidad crediticia financiaría una operación con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual protegida del artículo 8 LAEI.

(40) La Disposición Adicional 1.ª de la LAEI excepciona de la limitación de responsabilidad de la vivienda habitual las deudas de derecho público, a cuyo fin cabe el embargo de la vivienda siempre que: «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.*».

(41) De «lamentable» lo califica CUENA CASAS (RDGP, 343), a la vista de que «el 51 % de las PYME en España son personas físicas y según un reciente estudio, el 20 % de su pasivo es crédito público». La crítica es generalizada en la doctrina y, especialmente, ha arreciado por el mantenimiento de este beneficio del fisco en relación con el mecanismo de segunda oportunidad o exoneración del pasivo insatisfecho en el artículo 489.1.5.º LCon. Las dudas sobre su compatibilidad con los designios de plena exoneración de la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre reestructuración e insolvencia, han sido recientemente resueltos por la STJUE de 8 de mayo de 2024, C-20/23, *SF y MV*, en favor de la conformidad del beneficio del fisco español. Para el TJUE, las categorías de créditos del artículo 23 de la Directiva 2019/1023 que son susceptibles de quedar excluidos de la exoneración del pasivo insatisfechos, no son un *numerus clausus*; «los Estados miembros tienen la facultad de excluir determinadas categorías específicas de créditos de la exoneración de deudas, como los créditos tributarios y de seguridad social, y de atribuirles con ello un estatuto privilegiado, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada en virtud del Derecho nacional» (aptdos. 45 y 53).

3.º) Finalmente, en cuanto al objeto de la inembargabilidad, debe tratarse de «la vivienda habitual del deudor», propia o común⁽⁴²⁾, y que todavía concurren las siguientes circunstancias para resultar inembargable:

– Que el valor de la vivienda habitual –artículo 8.2 LAEI – no supere, conforme a ciertos criterios de valoración fiscal, la cantidad de 300.000 euros; o la de 450.000 euros –por aplicación de un coeficiente de 1.5 %–, cuando la vivienda esté situada en una población de más de 1.000.000 de habitantes, es decir, en Madrid o en Barcelona, ya que son los únicos municipios que, según el censo anual de población 2021-2023 del Instituto Nacional de Estadística, superan esta cifra. Su valor se determina por «la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil» (art. 8.2 LAEI)⁽⁴³⁾.

– Además, la no vinculación de la vivienda habitual del deudor debe constar inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 10 LAEI); inscripción que es la que determina la oponibilidad de la inembargabilidad funcional de la vivienda frente a acreedores empresariales del emprendedor cuyo derecho sea posterior a la inscripción.

Qué debe entenderse por vivienda habitual del emprendedor se presta a diversas interpretaciones. En un sentido estricto, pudiera pensarse que debe tratarse de la vivienda propia o común del deudor en la que resida de forma efectiva y permanente, con exclusión de segundas residencias o de viviendas destinadas a usos profesionales; aunque se ha tratado de flexibilizar su definición para que quede comprendida la vivienda habitual aunque parcialmente se dedique a un uso profesional o económico⁽⁴⁴⁾. A mi parecer, hay que inclinarse por que la interpretación de «vivienda habitual» comporte en todo caso el elemento material definitorio que supone residir en un domicilio habitable (art. 40 CC), aunque su uso no sea exclusivo ni excluyente.

Con posterioridad, la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, ha extendido el beneficio a «*los bienes de equipo productivo a la explotación y los que los reemplacen debidamente identificados en el Registro de Bienes Muebles y con el límite del volumen de facturación agregado de los dos últimos ejercicios*» (art. 8.2 LAEI); y ha aligerado barreras regulatorias y administrativas, en un intento por fomentar el emprendimiento y el tejido que conforman las PYME.

(42) En caso de titularidad en régimen de comunidad ordinaria, el objeto recaerá sobre la cuota que corresponda al cotitular emprendedor, cuyos bienes y derechos son los que han de responder por las deudas de la actividad.

(43) Sobre este criterio de valoración, v. LLEONART CASTRO, *CDC*, pp. 42-44.

(44) Así, MUÑOZ GARCÍA, *DLL*, p. 4; CUENA CASAS, *RDCP*, p. 345; y BERROCAL LANZAROT, *CDC*, pp. 74-75.



3.1.2 *Balance crítico de la inembargabilidad de la LAEI*

El artículo 8 LAEI configura, a la postre, una inembargabilidad muy restrictiva a la que se han dirigido críticas muy fundadas. De la LAEI se ha dicho que es «mucho ruido y pocas nueces»⁽⁴⁵⁾, aunque se advierte que la última reforma por obra de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, ha mejorado algunas de las críticas que se han vertido contra ella⁽⁴⁶⁾. Subsiste, en cambio, la objeción de que «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»⁽⁴⁷⁾. Para CUENA CASAS, la intención de la LAEI es buena, aunque «el resultado no puede ser más decepcionante, como ha confirmado el escaso uso que de esta figura se ha hecho en la práctica»⁽⁴⁸⁾; y es que, como advierte también YÁÑEZ VIVERO, «la figura de la sociedad limitada unipersonal permite, con menos parafernalia, proteger no solamente la vivienda habitual sino todo el patrimonio del emprendedor y frente a todo tipo de acreedores»⁽⁴⁹⁾.

Los datos apoyan estas conclusiones. En el ejercicio 2024 tan solo se constituyeron 10 emprendedores de responsabilidad limitada⁽⁵⁰⁾, lo que supone un retroceso que ha invertido la tendencia –poco consistente– de los años casos registrados en los años inmediatamente anteriores. Nos permite valorarlo la siguiente tabla que muestra el número de emprendedores de responsabilidad limitada constituidos como tales en estos más de diez años de vigencia de la LAEI y que, en total, alcanzan 226 casos:

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	Tot.
ERL	13	51	27	12	15	10	10	13	6	20	39	10	216

(45) YÁÑEZ VIVERO, *RCDI*, p. 1463. Los operadores jurídicos se han mostrado más críticos y, así, GOMÁ LANZÓN calificó la LAIA como un ejemplo de «derecho inútil»; «el tipo de normas que alejan a España de la modernidad», en palabras de BRANCÓS.

(46) P. e., la carga jurídica y económica para el emprendedor de cursar dos o más inscripciones registrales –al Registro Mercantil, para la constitución de la figura, y al Registro de la Propiedad y de Bienes Muebles, para oponer la inembargabilidad–, se ha reducido solo a la primera, ya que las otras se realizan ahora de oficio por el Registro Mercantil (art. 10.2 LAEI).

(47) CUENA CASAS, *RDGP*, p. 343.

(48) CUENA CASAS, *AC*, p. 4.

(49) YÁÑEZ VIVERO, *RCDI*, 1463; y en el mismo sentido, también CUENA CASAS, *AC*, p. 4.

(50) La *Estadística Mercantil. Ejercicio 2023* muestra que, de las 109.003 sociedades constituidas en el ejercicio, la hegemonía absoluta, con el 98,72% del total, ha seguido siendo la sociedad limitada, frente al 0,38% de las sociedades anónimas. Solo en 983 casos se ha elegido una forma societaria diferente a sociedad anónima o limitada, con predominio de las agrupaciones de interés económico (684) y de las Sociedades Civiles (113), que aglutinan más del 80% de estas otras tipologías societarias.

El punto más crítico de la LAEI radica en que la afección negativa de la vivienda habitual de la persona emprendedora no opera automáticamente, como sucede en Francia desde la *loi núm. 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*⁽⁵¹⁾ (llamada *loi Macron*), sino mediante declaración del emprendedor que ha de ser inscrita registralmente. Además, opera solo frente a determinados acreedores –los de origen empresarial o profesional posteriores, en todo caso, a la inscripción–, distintos de la Administración tributaria; es decir, poco menos que los proveedores. Y, en fin, es importante que la (in)embargabilidad –a diferencia de en Francia, donde no cuenta con límites cuantitativos– está enteramente condicionada a que el valor fiscal de la vivienda habitual no supere las cantidades señalada por la ley. Es decir, no son inembargables los primeros 300.000 euros –ó 450.000, en Madrid y en Barcelona– del valor de la vivienda, sino que la (in)embargabilidad de la vivienda en cuanto tal se mide en términos absolutos por el metro de la cuantía: si la vivienda lo supera, el bien es completamente embargable; y si no lo supera, la inembargabilidad de la vivienda habitual será oponible frente a los acreedores profesionales posteriores y frente a la AEAT, y solo frente a estos.

Como poco, es razonable plantearse si en lugar de inembargabilidad absoluta de la vivienda habitual dentro de ciertas horquillas cuantitativas, la norma pudiera operar en forma relativa introduciendo un régimen de inembargabilidad del valor de la vivienda habitual en favor del titular emprendedor de hasta los primeros 300.000 o 450.000 euros, según proceda⁽⁵²⁾. A este régimen de «desafección progresiva»⁽⁵³⁾ parecen apuntar los incentivos de la LCon para conservar la vivienda habitual y mantenerse el deudor en el cumplimiento regular del préstamo hipotecario, que constituye pasivo no exonerable –en beneficio del acreedor privilegiado– hasta el límite del privilegio especial (art. 489.1.8.º LCon).

Parece, en fin, llegado el momento de abrir este debate al que, además, nos conduce la comparación con otros ordenamientos del norte global: el de la inembargabilidad parcial o relativa de la vivienda habitual de todo deudor, con independencia del ejercicio de actividad empresarial, profesional o de la condición de consumidor de su titular.

(51) JORF núm. 0181 du 7 août 2015.

(52) En palabras de YÁÑEZ VIVERO (*RCDI*, p. 1465), «lo razonable es que tales viviendas no resulten embargables sino en lo que excedan del límite legal establecido». Una postura más determinada es la que abanderó CUENA CASAS (*AC*, p. 4), para quien «no se entiende la razón de límite por cuanto de lo que se trata de es incentivar la iniciativa empresarial protegiendo un bien de primera necesidad».

(53) Así lo denomina LLEONART CASTRO, *CDC*, p. 42.

3.2 La incentivación de la conservación de la vivienda habitual en la LCon y su «inembargabilidad temporal» durante el plan de pagos

Si dirigimos ahora la mirada a la legislación concursal, comprobaremos que ninguna norma sustrae formal y directamente la vivienda de la masa activa del concurso, que se integra por la totalidad de los bienes y derechos del concursado (art. 192 LCon). Fuera del supuesto específico del emprendedor de responsabilidad limitada por obra de la LAEI, todo lo más que la legislación ha reconocido –artículo 194 LCon– es el derecho del cónyuge del concursado para adquirir la vivienda común por el valor convenido con la administración concursal o, en su defecto, por el mayor de mercado o de tasación. Pero más allá de las disposiciones formales, lo cierto es que el tratamiento de la vivienda habitual en el marco del concurso se ha visto sustancialmente alterado en los últimos años a raíz de los problemas de sobreendeudamiento de la persona natural, tanto si ejercen actividad empresarial como si no⁽⁵⁴⁾.

Solo por expresar la magnitud de los concursos de persona natural no empresaria cabe notar que, según el informe *Justicia Dato a dato del año 2023* del CGPJ, en el ejercicio 2023 se presentaron 5.447 concursos de personas jurídicas; 3.728 concursos de personas naturales empresarios; y 33.268 concursos de personas naturales no empresarios. En particular en el ámbito de la insolvencia, la magnitud de estos problemas ha movido a las instituciones europeas a proponer un marco mínimo armonizador que incentiva la conservación de la vivienda habitual mediante la figura del mecanismo de segunda oportunidad o *fresh start*, basado en acuerdos de renegociación de deuda en una fase temprana o alternativos a la liquidación total del patrimonio, aplicable tanto al empresario como al consumidor sobreendeudado.

El estudio del tratamiento de la vivienda habitual en el marco del concurso de las personas naturales es objeto de un estudio individualizado más adelante, acometido por Cuenca Casas en esta misma obra. Allí se abordan el examen y el alcance real de las medidas introducidas en la LCon tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, por la que se traspone la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, por lo que a dicho lugar nos remitimos. A nuestros limitados fines, importa destacar tan solo dos aspectos.

(54) Solo por expresar la magnitud de los concursos de persona natural no empresaria es de notar que, según el informe *Justicia Dato a dato del año 2023* del CGPJ, en el ejercicio 2023 se presentaron: 5.447 concursos de personas jurídicas; 3.728 concursos de personas naturales empresarios; y 33.268 concursos de personas naturales no empresarios (p. 71).



Por un lado, el artículo 497 LCon abre una modalidad *ex post facto* de inembargabilidad de la vivienda, en la medida en que se apruebe el plan de pagos que proponga la conservación de la vivienda por el deudor durante la extendida vigencia de cinco años del plan de pagos previsto en el artículo 497.2 LCon. Si la vivienda habitual está hipotecada, nada de esto exime al deudor de mantenerse en el cumplimiento de la obligación garantizada –hasta el límite, cuanto menos, objeto de la afección real–, puesto que la vivienda habitual hipotecada no deja de estar especialmente afecta al cumplimiento de un crédito con privilegio especial susceptible de ejecución –artículo 430 LCon– ante el juez del concurso durante el plan de pagos (art. 499.2 LCon). A este fin, constituye deuda no exorable la deuda con garantía real hasta el límite del privilegio especial (art. 489.1.8.º LCon), mientras que sí son exonerables tanto la parte que lo supere (art. 492 bis LCon), como el *superfluum* del crédito hipotecario no satisfecho en el seno de una ejecución anterior (art. 492 LCon).

Pues bien, en la medida en que se apruebe provisionalmente el plan de pagos propuesto por el deudor que incluya la conservación o «no realización» «*de la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia*» (art. 497.2.1.º LCon), *de facto* y *de iure* la vivienda habitual queda sustraída –de momento, temporalmente– a toda ejecución, realización o liquidación seguida a instancias de cualquier acreedor, con la salvedad del acreedor hipotecario –y solo hasta el límite de la afección real, que es pasivo no eximible–. Cuenca Casas describe este escenario como de «inembargabilidad judicial» y no faltan razones para ver en esta «inembargabilidad temporal» de la vivienda habitual una situación funcionalmente equivalente a la inembargabilidad del bien frente a todos los acreedores distintos del hipotecario, incluidos los titulares de créditos no exonerables⁽⁵⁵⁾, por obra de la aprobación judicial del plan de pagos, aunque solo mientras dure este. Al cabo del cumplimiento del plan de pagos se obtiene la exoneración del pasivo insatisfecho sin liquidación de la vivienda habitual del deudor; e iguales efectos liberatorios pueden alcanzarse, aunque el deudor no haya cumplido en su integridad el plan de pagos, cuando el «*el juez, previa*

(55) CUENCA CASAS, AC (p. 12) y EN, donde explica la afectación a estos terceros titulares de créditos no exonerables: «De lo contrario, la eficacia práctica de la medida sería muy limitada. Según un criterio de interpretación lógico y teleológico (art. 3 CC), procede interpretar las normas de manera que produzcan efectos y estos sean acordes con su finalidad. La norma no distingue escenarios y prolonga la duración del plan de pagos cuando no se realice la vivienda del deudor, sin que se restrinja esta posibilidad a determinados acreedores. Hay además que tener en cuenta que los acreedores por crédito no exonerable mantienen incólume su acción para ejecutar *sine die* el patrimonio futuro del deudor, por lo que la restricción al embargo de la vivienda es transitoria y viene compensada por una mayor duración del plan de pagos, algo que puede facilitar el cobro de sus créditos».

audiencia de los acreedores, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho cuando el incumplimiento del plan de pagos resultara de accidente o enfermedad, u otros acontecimientos graves e imprevisibles, que afecten al deudor o a quienes con él convivan, siempre que el deudor hubiera en todo caso cumplido las limitaciones o prohibiciones a las facultades de disposición o administración, así como las medidas de cesión en pago, que se establezcan en el plan de pagos» (art. 500 LCon).

Por otro lado, no hay que perder de vista que la conservación de la vivienda habitual y su sustracción a la liquidación o realización (pre)concursal constituye una política común unieuropea⁽⁵⁶⁾ y que, en esta materia, otros Estados miembro llevan ya terreno ganado mediante formas propias de inembargabilidad que incluyen –o pueden incluir– la vivienda habitual del deudor. Lo hemos visto páginas atrás a propósito del modelo francés del *«droit de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale, ainsi que sur les biens fonciers, bâtis ou non bâtis, qu'il n'a pas affectés à son usage professionnel»* del artículo L 526-1 *Code du commerce* y es posible detectar varios ejemplos cercanos más. Lo que predomina en el entorno europeo son otras formas de limitación de responsabilidad que desbordan el fomento del emprendimiento para operar en defensa del patrimonio familiar mediante figuras de *trust*, *fiducie*, o constitución de patrimonios de destino, de los que no vamos a ocuparnos aquí por alejarse de la inembargabilidad *ex lege* que es objeto de este trabajo⁽⁵⁷⁾.

(56) La conservación y la consecuente inembargabilidad de «la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia» vinculada a un plan de pagos (art. 497.2 TRLC) es una medida promovida por la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones. Esta Directiva ha culminado una política de armonización en materia de protección de la persona natural frente al sobreendeudamiento y el fracaso empresarial; su inicio arranca de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, titulada *Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, 12 de diciembre de 2012 (COM/2012/0742 final), entre cuyos objetivos figura la modernización de la normativa de insolvencia para facilitar la supervivencia de las empresas y ofrecer una segunda oportunidad a los emprendedores. Fruto de este impulso unieuropeo han sido, cronológicamente: primero, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; después, el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; más adelante, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal; y, finalmente, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

(57) Este importante tema es, sobre todo, sustantivo y debe ser examinado, fundamentalmente, en el contexto del Derecho patrimonial y familiar de cada Estado. Un recorrido reciente por estas formas puede verse, por todos, en MARTÍN SATISESTEBAN, 2020.

4. LAS *HOMESTEAD EXEMPTIONS* DEL COMMON LAW

4.1 Correlación entre las *homestead exemptions* y la política de asentamiento territorial en el Oeste norteamericano

Desde consideraciones político-jurídicas, la inembargabilidad de la vivienda o *homestead exemptions* norteamericanas obedecen a una diferente concepción jurídico-política de la propiedad privada en el siglo XIX, cuyo origen radica en el fomento de asentamientos poblacionales y agrícolas en el Oeste basado minifundismo⁽⁵⁸⁾. Con pocas variaciones de un Estado a otro, las políticas de *homestead exemption* o de protección del «hogar doméstico» han resultado decisivas para la colonización del Oeste; han evitado la monopolización de las nuevas tierras por unos pocos terratenientes gracias a la atribución de pequeñas superficies de tierra y de casa, con la condición de intransferibles e inembargables, a favor de los nuevos asentadores.

Esto nos sitúa, por tanto, ante una figura cuyas bases históricas no son propiamente procesales o relativas a la tutela del crédito y a la determinación de la responsabilidad patrimonial del deudor, sino ante normas que, por su función, estaban dirigidas a fomentar la repoblación de terrenos por parte de los colonizadores –primero– de la recién proclamada República de Tejas y de los terrenos públicos –poco después– de la Unión⁽⁵⁹⁾.

(58) V. RECLUS, 2013, p. 207. En las antípodas ideológicas de las *homestead exemptions* norteamericanas, pero con cierto resabio minifundista, hace al caso recordar el artículo 47 de la II República española, en virtud del cual «La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de las cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación. La República protegerá en términos equivalentes a los pescadores».

(59) No es de extrañar que FERNÁNDEZ DOMINGO entronque la colonización norteamericana con la repoblación de la península ibérica y aun de las tierras indianas y llegue a afirmar que «el “*homestead*” no es otra que una ley de clara raigambre española» (2006, p. 1327). Esta raigambre –hay que precisar– tiene más que ver con la legislación repobladora castellana –que el mismo autor cita–, y aun con la inglesa, que con la inembargabilidad de los bienes y derechos del deudor ligados al *beneficium competentiae* de la legislación procesal, que nos ha llegado procedente del Derecho romano, como se ha visto. Huelga decir que para la doctrina norteamericana la *homestead exception* pasa por ser «an innovation of the genius of American frontiersmen» (London, *SHQ*, p. 432), cuya paternidad se atribuye al impulsor de la *Homestead exception law* de Texas de 1839, el congresista tejano Mr. Louis P. Cook (sobre autor y vida, v. WILKINSON, *TSHQ*). De estos orígenes en las políticas repobladoras españolas y mejicanas se hace eco la sentencia del caso *Marincasiu v. Drilling* 441 S. W.3d 551 (Tex. App. – El Paso, 2014), aunque GOODMAN (*JAH*, p. 475) también apunta que, al menos en Virginia y Delaware, estaban emparentadas con la facultad del *elegit*, procedente del derecho inglés medieval del siglo XIII, en virtud del cual la mitad de la tierra del deudor quedaba fuera del alcance del poder de agresión del acreedor. V. más en PRIEST, *HLR*.

Este motor, en el que la inembargabilidad de los bienes inscritos era, en su origen, un instrumento al servicio de la política poblacional y agrícola del país es el que ha alimentado la generalizada inembargabilidad parcial de la vivienda habitual del deudor que caracteriza a las actuales legislaciones estatales de los EE. UU.

4.2 De la Ley estatal de Texas de 1839 a la Ley federal de 1862

El origen de la *homestead exemption* arranca muy poco después de que la República de Tejas se independizara de México y su III Congreso reunido promulgara la *Homestead exception law* de 26 de enero de 1839. Bajo una iniciativa titulada «*An Act to exempt certain property named therein from executio*», que mantenía intactos los derechos contractuales adquiridos anteriormente, la ley aseguraba –«*shall be reserved*»– a todo ciudadano o cabeza de familia –hombre o mujer– de la República que fuera libre y estuviera exento de toda orden de embargo, 50 acres de tierra –es decir, unas 20 hectáreas, que equivalen a 160 piscinas olímpicas– o un lote en la ciudad, incluida vivienda en ambos casos, así como las mejoras que no excedieran de 500 dólares de valor y todos los muebles del hogar y de cocina, siempre que su valor no superara los 200 dólares. Asimismo, a los nuevos asentadores se les garantizaba todos los utensilios de labranza –por valor de hasta 50 dólares– y todas las herramientas, aparatos y libros pertenecientes al oficio o profesión, además de cinco vacas lecheras, un yugo de trabajo para bueyes o un caballo, 20 cerdos y provisiones para un año⁽⁶⁰⁾.

Esta precursora ley, que fomentaba el asentamiento de granjas agrícolas y –en menor medida– el desarrollo urbano, ha sido calificada de «*uniquely hospitable*»⁽⁶¹⁾. Sin embargo, apenas estaría en vigor un año, aunque su sentido y vigencia pasó a la legislación posterior.

(60) La ley disponía literalmente que: «*Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the Republic of Texas in Congress assembled, That from and after the passage of this Act there shall be reserved to every citizen or head of a family in this Republic, free and independent of the power of the writ of fire facias or other execution issuing from any court of competent jurisdiction whatever, fifty acres of land or one town lot, including his or her homestead, and improvements not exceeding five hundred dollars in value, all house hold and kitchen furniture (provided it does not exceed in value two hundred ollars) all implements of husbandry (provided they shall not exceed fifty dollars in value) all tools, apparatus and books belonging to the trade or profession of any citizen, five milch cows, one yoke of work oxen or one horse, twenty hogs, and one year's provisions; and that all laws and parts of laws contravening the provisions of this act shall he and the same are hereby repealed: Provided, The passage of this act shall not interfere with contracts between parties heretofore made*» (WILKINSON, TSHQ, pp. 36-37).

(61) MORANTZ, LHR, pp. 246-247.

Poco antes de la incorporación de Texas a la Unión, la Constitución del Estado de Texas de 1945 consagró la *homestead* a través de dos disposiciones contenidas en el extenso artículo 7. De ellas, la más significativa es la Sec. 22, en la que ya se emplea el término «*homestead of a family*» como sinónimo –según su versión oficial en español– de «*hogar de la familia*» y le atribuye la clara condición de inembargable en lo que no exceda de 200 acres de tierra fuera de ciudad o villa, o de casa en villa siempre que su valor sea inferior a 2.000 pesos⁽⁶²⁾. La siguiente Constitución de Texas de 1861⁽⁶³⁾, adoptada inmediatamente después de la anexión, incorporó estas previsiones en lo sustancial en su Sec. 22, además de introducir una exención fiscal de hasta 250 dólares sobre el mobiliario doméstico y otros bienes pertenecientes a la familia (Sec. 28).

Para mediados del siglo XIX la figura de la *homestead exemption* ya ocupaba la atención de más legisladores estatales y aun del propio legislador federal norteamericano. A nivel estatal, desde el año 1839 hasta el 1860 casi cuarenta estados habían desarrollado sus propias normas estatales de *homestead*⁽⁶⁴⁾. Mientras, en el plano federal el primer proyecto es del año 1846 y fue calificado por el Senador de Ohio Benjamin WADE como the «*great question of land to the landless*»⁽⁶⁵⁾; pero este proyecto encontró serias resistencias tanto por los partidos sureños –que recelaban de que se asentara en los territorios colonos antiesclavistas–, como por los del norte –que temían un abaratamiento del valor de las propiedades–. Tras el veto presidencial al proyecto federal de 1860, finalmente la secesión de los estados sureños allanó el camino para que el Congreso de los EE. UU. aprobara –en plena guerra civil– la *Homestead Act* de 20 de mayo de 1862, promulgada por el presidente Abraham Lincoln, que tiene por objeto fomentar los asentamientos agrícolas en las tierras públicas federales⁽⁶⁶⁾.

(62) En concreto, la Sec. 22 del artículo 7 dispone que «*La Legislatura tendrá facultad de proteger por ley, una parte de los bienes de las cabezas de familias, contra las Ventas forzosas. El hogar de la familia no pasando de doscientos acres de tierra (no siendo dentro de una ciudad ó villa) ó un solar ó solares en una ciudad ó villa, no pasando en valor de dos mil pesos no será sujeto á venta alguna forzosa, por ninguna deuda contratada de aquí en adelante; tampoco será su dueño, siendo hombre casado, permitido á ajenarlo sin el consentimiento de su esposa, en la manera según la Legislatura, de aquí en adelante lo disponga*». Por su parte, la Sec. 28 autoriza a la Legistura a «*proveer por ley, la ecsencion de los muebles y útiles ú otros bienes pertenecientes á cada familia en éste Estado, de los impuestos; con tal que no pase su valor de doscientos y cincuenta pesos*». El texto está disponible en <https://tarlton.law.utexas.edu/c.php?g=810627>.

(63) El texto está disponible en <https://docsouth.unc.edu/impls/texconst/texconst.html>.

(64) En GOODMAN (*JAH*, p. 472) se recoge la tabla sintética de los acres o lotes que fueron adjudicados en virtud de las diferentes legislaciones estatales de *homestead* de cada estado en el período 1839 a 1920 y se explica el impacto histórico de esta política en el funcionamiento del mercado norteamericano.

(65) FINK, *EB*.

(66) El texto está disponible en <https://www.archives.gov/milestone-documents/homestead-act#transcript>.



Subjetivamente, la *Homestead Act* de 1862 (Chap. LXXV) tenía por beneficiario a todo «cabeza de familia», o adulto de 21 mayor de años (salvo que se hubiera servido, al menos, 14 días en el ejercicio o la armada), de ciudadanía norteamericana o en ciernes, o persona que haya prestado servicio en el ejército o la marina de los EE. UU., siempre que no se hubieran levantado en armas contra el Gobierno de EE. UU o dado ayuda y consuelo a sus enemigos. En su favor, la ley le garantizaba –Sec. 1– la ocupación de 160 acres de tierras, cuya propiedad se adquiría al cabo de cinco años de vivir en ella y de cultivarla personalmente –no para el uso o beneficio directo o indirecto de ninguna otra persona–, o al cabo de residir en ella tan solo seis meses y de realizar mejoras, a cambio de 1,25 dólares por acre. A la solicitud, el/la interesado/a debía acompañar una declaración jurada sobre el cumplimiento de los requisitos y, previo pago de un canon de 10 dólares, se expedía un título de ocupación que, una vez transcurridos los cinco años, daba acceso a la propiedad de los bienes adjudicados. Los derechos de ocupación y de titularidad eran, además, transmisibles *mortis causa* a viudos/as y herederos (Sec. 2), siempre que se demostrara por dos testigos que (i) habían residido en la casa o cultivado la tierra durante los cinco años inmediatamente anteriores; (ii) que ninguna parte de la tierra había sido enajenada; y (iii) que habían sido leales al gobierno de los EE. EE. Cualquier cambio de residencia o su abandono durante más de seis meses antes de la adquisición de la propiedad producía la reversión de los bienes al gobierno federal (Sec. 5).

Pues bien, la *Homestead Act* de 1862 pasa por ser una de las leyes más importantes de la historia de EE. UU. por el impulso que supuso en la colonización del Oeste y en el desarrollo agrícola del país⁽⁶⁷⁾. Esta ley ha representado la oportunidad de acceder a la propiedad de la tierra para muchos nuevos inmigrantes, veteranos de guerra, nativos, esclavos liberados, afroamericanos y mujeres solteras, con el resultado de que miles de colonos se asentaron en territorios como Nebraska, Territorio Indio (después, Oklahoma) o Dakota. Se estima que hacia 1890 el gobierno federal había concedido a los nuevos asentadores 373.000 casas en unos 48 millones de acres de tierra no desarrollada⁽⁶⁸⁾. Da cuenta de esta importancia que su vigencia –salvo para el territorio de Alaska, donde todavía se retrasó diez años más⁽⁶⁹⁾– ha llegado hasta el mismo año 1976, cuando fue derogada por la *Federal Land Policy and Management Act* (Secc. 702),

(67) FINK, EB; GOODMAN, JAH.

(68) Fuente: *United States Senate* (Senado de los Estados Unidos: La Guerra Civil: La historia del Senado (senate.gov)).

(69) La última concesión, fechada el 20 de mayo de 1988, corresponde a una parcela de 40 acres en Anchorage cuya consulta está disponible en <https://www.archives.gov/seattle/highlights/last-homestead-in-alaska>.

que puso también fin a las normativas estatales sobre asentamientos poblacionales basados en la atribución de tierra.

4.3 **Las *federal exemptions* de las *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*. Créditos excluidos**

Pese a los vínculos de la política de *homestead* con la fundación y el crecimiento poblacional de los EE. UU., la Constitución federal norteamericana no la recogió⁽⁷⁰⁾. Los términos en que se desarrolla la (in)embargabilidad de los bienes en general y de la vivienda habitual en particular, es materia de política legislativa que está dada, en principio, al respectivo legislador, de forma que muchas constituciones estatales la contemplan, con ligeras variaciones de un estado a otro.

En el plano federal, las *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* permiten al deudor, en el contexto de los concursos de acreedores que supongan la liquidación del patrimonio del deudor (11 U. S. Code Chapter 7) o la restructuración de deudas conforme a un plan de pagos (11 U. S. Code Chapter 13), salvar un valor mínimo de la vivienda habitual (llamada «*equity home*») y ciertos bienes mediante las «*federal exemptions*».

Las *federal exemptions* se encuentran reguladas en el extenso 11 U. S. C. § 522 («*Exemptions*»)⁽⁷¹⁾. Esta sección permite, de entrada, al deudor determinar si el régimen de inembargabilidad en el seno del proceso concursal se rige por la legislación federal o por la legislación estatal, siempre que el estado lo permita [11 U. S. C. § 522 (b)], como en Texas y en casi una veintena de estados más⁽⁷²⁾. Esta flexibilidad permite al deudor elegir la ley más favorable entre una u otra (pero no «de una y otra»), siempre teniendo en cuenta que la protección que el 11 U. S. C. § 522 (d) dispensa no tiene por objeto directo los bienes en sí, sino ciertos valores prefijados que, en favor del deudor, quedan a salvo en todo caso. Obviamente, si el

(70) los derechos y garantías constitucionales que guardan relación con la vivienda son: (i) la inviolabilidad domiciliaria consagrada en la Cuarta Enmienda (*searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*); y (ii) la interdicción de toda expropiación sin justa compensación (Quinta Enmienda) («*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*»).

(71) V. 11 USC 522: Exemptions (house.gov).

(72) V. O'NEILL, C., «The Federal Bankruptcy Exemptions», entrada de <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/federal-bankruptcy-exemptions-property.html> [fecha de actualización: 9/22/2022].

valor de mercado del bien⁽⁷³⁾ es inferior a la suma protegida legalmente, supone la completa exoneración; pero esta exoneración solo la ha querido el legislador en determinados supuestos, como los seguros de vida o las herramientas del trabajo, oficio o profesión del deudor, que no están condicionados a ninguna cuantía máxima que condicione su inembargabilidad *tout court*. Además, existen determinados créditos que son inmunes a las *federal exemptions*, en atención a la protección de un interés preeminente en ellos.

Por ceñirnos a la *federal exemption* que tiene objeto la vivienda habitual del deudor, nuestra atención se debe centrar en la regulada en 11 USC § 522(d)(1), que brinda una suerte de «inviolabilidad económica» al inmueble destinado a vivienda habitual, hasta un valor neto que en la actualidad es de 27.900 \$. De esta *federal homestead exemption* destacan dos aspectos. Por un lado, la inembargabilidad tiene por objeto directo no el inmueble del deudor en cuanto tal, sino un determinado *quantum* de valor del bien –que periódicamente se actualiza–, aunque, obviamente, si el valor actual del inmueble fuera menor, supondría su completa exoneración. Por otro lado, el 11 USC § 522(d)(1) refiere el objeto de este valor inembargable a todo inmueble que el deudor, su cónyuge y las personas que de él dependan para su sustento («*dependent of the debtor*»)⁽⁷⁴⁾, usen como residencia o en régimen de propiedad horizontal o cooperativa, así como los terrenos de enterramiento del deudor o de la persona que de él dependa («*real property or personal property that the debtor or a dependent of the debtor uses as a residence, in a cooperative that owns property that the debtor or a dependent of the debtor uses as a residence, or in a burial plot for the debtor or a dependent of the debtor*»).

Gozan también de exención federal –entre otros– los enseres domésticos, ropa, electrodomésticos, libros, animales, cultivos o instrumentos musicales, destinados principalmente al uso personal, familiar o doméstico del deudor, cónyuge o dependiente, con un límite de 700 \$ por cada artículo [11 USC § 522(d)(3)]; las joyas de uso personal, familiar o doméstico del deudor o de persona que dependa del deudor para su sustento, hasta un valor de 14.875 \$ [11 USC § 522(d)(4)]; los equipos, herramientas y libros del trabajo, oficio o actividad económica del deudor o de persona que de él dependa para su sustento, hasta 2.800 \$ [11 USC § 522(d)(6)]; y cualquier otra propiedad que no exceda de 1.475 \$ de valor, más hasta otros 13.950 \$ del valor del *homestead* que exceda de la exención

(73) Entendido como su justo valor de mercado a la fecha de presentación de la solicitud de concurso o, si la propiedad se consolidará más adelante, a la fecha de adquisición (11 USC § 522(a)(2)).

(74) Por dependiente se entiende la persona que dependa del deudor para su sustento y, además, el 11 USC § 522(a)(1) incluye a estos fines al cónyuge, sea o no dependiente económicamente del deudor.

prevista en 11 USC § 522(d)(1) § [11 USC § 522(d)(5)]. Esta exención última recibe el nombre de «*exención comodín*» o «*wildcard*», ya que puede dedicarse a liberar cualquier bien.

Por su parte, están protegidos en su integridad el contrato de seguro de vida no vencido, siempre que no se trate de un seguro vinculado con un contrato de préstamo, sin límite de valor [11 USC § 522(d)(6)]; o los dispositivos de ayuda prescritos para la salud del deudor o de la persona que de él dependa, sin límite de valor [11 USC § 522(d)(8)].

Ahora bien, con todo, estos bienes exentos del 11 USC § 522(d) sí quedan respondiendo del cumplimiento de determinados créditos que el 11 USC § 522(c) deja a salvo y que se encuentran regulados en 11 USC § 523. De ellos cabe destacar, entre otros:

- Ante todo, la subsistencia y, por tanto, la ejecutabilidad general asignada de las deudas aseguradas con un gravamen válido sobre la vivienda, en los términos de 11 USC § 522(c)(2).

- Deudas procedentes de determinadas deudas fiscales [11 USC § 523(a)(1) y (13)], así como de ciertas multas y sanciones gubernamentales [11 USC § 523(a)(7)], salvo que estas provengan de gastos por educación y representen una carga económica excesiva para el deudor y las personas que de él dependen [11 USC § 523(a)(8)].

- Reembolsos de dinero, propiedad, servicios, o refinanciaciones obtenidas mediante engaño o falsa representación de la realidad para el financiador. A estos efectos, se consideran engañosas las deudas de consumo por bienes o servicios de lujo que sumen más de 800 \$ y que hayan sido contraídas en los 90 días anteriores a la solicitud de concurso, así como los anticipos de efectivos por más de 1.100 \$, que sean prórrogas de un crédito obtenido en los 70 días anteriores [11 USC § 523(a)(2)].

- Créditos deliberadamente omitidos por el deudor en su listado de deudas [11 USC § 523(a)(3)], así como los que sean resultado de fraude, malversaciones o apropiaciones ilícitas [11 USC § 523(a)(4)].

- Obligaciones por pensiones y manutenciones domésticas o familiares [11 USC § 523(a)(5)] y otros pagos debidos al cónyuge, ex cónyuge o hijos contraídos en el curso de un proceso judicial o consensual de divorcio o separación o determinados judicial o administrativamente [11 USC § 523(a)(15)].

- Indemnizaciones por daños intencionales y maliciosos causados por el deudor a otra persona o entidad o en sus bienes [11 USC § 523(a)(6)], así como las indemnizaciones por fallecimiento lesiones corporales por el uso de vehículo a motor, embarcación o aeronave bajo los efectos del alcohol o drogas [11 USC § 523(a)(9)].



– Tasas y fianzas judiciales acordadas en el seno de un proceso penal en el que el deudor haya resultado condenado, que se deriven de la presentación del asunto, moción, queja o apelación [11 USC § 523(a)(17)].

Por su parte, las *Federal Rules of Civil Procedure* –aplicables ante todos los tribunales de los EE. UU., así como en los asuntos regidos por las leyes federales, FRCP § 1– no sustraen de la responsabilidad del deudor determinados bienes o valores del deudor para garantizar su subsistencia o la de su familia, sino que remiten a la respectiva legislación procesal del estado del foro. Será, pues, la ley estatal la que determine los términos para (i) acordar órdenes de embargo preventivo y similares (FRCP § 64); y (ii) determinar los tipos y ámbitos de las medidas disponibles en ejecución de sentencia (FRCP § 69)⁽⁷⁵⁾.

Así pues, en el curso de una ejecución singular o en el seno del concurso de acreedor –a elección del deudor, si es que la ley estatal lo permite– puede aplicarse el régimen de embargabilidad y realización de los bienes del deudor de la legislación estatal. Cada legislación estatal de *homestead exemption* declaran inembargables el hogar familiar hasta cierta extensión prefijada o –como es lo más común– hasta cierto valor («*equity home*»), con exclusión –igualmente– de ciertos créditos, que gozan del beneficio de la ejecutabilidad ilimitada sobre los bienes del deudor. Por obvias limitaciones tiempo y espacio, nos centramos –por motivos históricos– en el estado Texas, para trazar un bosquejo del estado de la cuestión.

4.4 **La *homestead* y las *personal property exemptions* del estado de Texas**

La Constitución de Texas de 1876 regula en una extensa Sec. 50 la protección de la *homestead* de la familia o de persona adulta frente a toda subasta, mientras que en la Sec. 51 se delimita la extensión de la inembargabilidad. Todo ello se encuentra desarrollado en el *Property Code* de 1983, cuyos *Chapters* 41 y 42 reglamentan más en concreto la inembargabilidad de proyección inmobiliaria («*Interests in Land*») y los bienes inembargables del deudor (o «*personal property*»), respectivamente⁽⁷⁶⁾.

(75) Las FRCP están disponibles en <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>.

(76) El texto de la Constitución de Texas está disponible en <https://tlc.texas.gov/docs/legref/TxConst.pdf>. Por su parte, el *Property Code* puede consultarse en https://texas.public.law/statutes/tex_prop_code.

La legislación tejana sobre *homestead* se tiene por una de los más generosas de los EE. UU., aun cuando en los últimos años se ha ampliado el ámbito de los créditos que quedan excepcionados de su régimen de inembargabilidad. Este régimen consiste en la inembargabilidad de los derechos sobre determinada porción de los terrenos donde esté radicado el hogar familiar, cuya extensión en función de que estemos ante terrenos rurales o urbanos; no se basa en límites de valor o «*equity home*», como en la *homestead* federal de 11 USC § 522(d)(1) o en muchas otras legislaciones estatales⁽⁷⁷⁾.

El *Property Code* § 41.002, bajo el título «*Definition of Homestead*», delimita el objeto de protección de la siguiente manera:

(a) En el supuesto de vivienda urbana o mixta —es decir, con uso parcial profesional o mercantil—, goza de inembargabilidad la vivienda familiar de una familia o de una persona adulta soltera [...] en no más de 10 acres de tierra que pueden estar en uno o más lotes contiguos, así como cualquier mejora en los mismos⁽⁷⁸⁾.

(b) Si se utiliza para los fines de una vivienda rural, la vivienda familiar consistirá en: (1) para una familia, no más de 200 acres; o (2) para una persona adulta soltera, no más de 100 acres, que pueden estar en una o más parcelas, con las mejoras en las mismas⁽⁷⁹⁾.

(77) Así, p. e., desde 1972 en el estado de Florida su régimen de *homestead exemption* sobre la vivienda habitual se basa, como en Texas, en la extensión del terreno protegido de toda persona natural y en su naturaleza urbana o rural. En la actualidad, el Article X, Sec. 4 (a) (1) de la Constitución de Florida dispone que están sustraídos a toda venta judicial forzosa, salvo por impuestos y obligaciones contraídas para la compra, mejora o reparación, el terreno destinado a vivienda habitual del propietario o de su familia hasta una extensión de 160 acres, si está ubicado fuera de zona urbana, o medio acre, en zona rural.

Por el contrario, en el estado de California la *homestead exemption* se basa en el valor, y no en la extensión, de la propiedad (*California Civile Procedure Code* §704.730). En concreto, se cifra en el mayor valor que arroje la aplicación de los dos siguientes criterios: (1) el precio de venta medio de una vivienda unifamiliar en todo el condado en el año anterior, hasta un máximo de 600.000 \$; o (2) la cantidad de 300.000 \$.

(78) La letra (a) del *Property Code* § 41.002 dispone textualmente que «*If used for the purposes of an urban home or as both an urban home and a place to exercise a calling or business, the homestead of a family or a single, adult person, not otherwise entitled to a homestead, shall consist of not more than 10 acres of land which may be in one or more contiguous lots, together with any improvements thereon*». Téngase en cuenta la letra (c) califica como urbana toda propiedad que (1) esté ubicada dentro de los límites de un municipio; y (2) cuente con servicios de protección policial, contra incendios y al menos tres de cinco servicios municipales básicos, entre electricidad, gas natural, alcantarillado, alcantarillado pluvial y agua.

(79) La letra (b) del *Property Code* § 41.002 dispone, por su parte, textualmente que «*If used for the purposes of a rural home, the homestead shall consist of: (1) for a family, not more than 200 acres, which may be in one or more parcels, with the improvements thereon; or (2) for a single, adult person, not otherwise entitled to a homestead, not more than 100 acres, which may be in one or more parcels, with the improvements thereon*».

Además, a lo anterior se suman los terrenos destinados al enterramiento [*Property Code* § 41.001 (a)].

Las extensiones previstas de –según proceda– 200, 100 ó 10 acres de inembargabilidad son máximas; lo que no es poco si tenemos en cuenta que 10 acres –la extensión del hogar urbano protegido– equivalen a 4 hectáreas. En el caso de que la propiedad supere la extensión máxima protegida, el jefe de la familia y, de estar casado, su cónyuge, podrán designar voluntariamente los no más de 200, 100 o 10 acres de la propiedad inembargables [*Property Code* § 41.005 (a) y (b)]; en su defecto, el tribunal nombrará un comisionado para que haga la designación a expensas del deudor en la sentencia (*Property Code* § 41.021).

El régimen de la *homestead* en Texas está decididamente establecido en favor de personas naturales, como expresa el propio Article 50, sec. 50 (a) de la Constitución al referirse a esta figura como «*the homestead of a family, or of a single adult person*»⁽⁸⁰⁾, aunque es pionera en haber incluido dentro de la exención los inmuebles urbanos con usos parcialmente profesionales.

Esta protección es susceptible de inscripción en el registro público del condado, en el entendimiento de que debe tratarse de la vivienda principal o habitual del deudor. El alquiler temporal de la *homestead* no cambia su carácter de domicilio protegido si el solicitante de la casa no ha adquirido otra *homestead* (*Property Code* § 41.003); pero sí se pierde esta condición con la muerte o cuando se transmite, abandona o se traslada el domicilio habitual⁽⁸¹⁾, aunque el *Property Code* § 41.001 (c) mantiene, en caso de venta –por subrogación real– la inembargabilidad del precio obtenido durante los seis meses siguientes a la fecha de venta de la *homestead*.

(80) Ya en el caso *Nash v. Conatser*, 410 S. W.2d 512 (Tex. Civ. App. – Dallas 1966) se resolvió que «*However, it is quite clear from the record that when the real property was conveyed to Conatser Properties, Inc. it lost its homestead character. It is the law of this state that when, as in this case, a business homestead is conveyed to a corporation, the stock of which is owned by the grantors, these results follow, viz.: (a) the property is no longer the homestead of the grantors, even though they may continue to occupy it; (b) valid title is vested in the corporation; and (c) the property is subject to the debts of the corporation*».

(81) En *Wilcox v. Marriott*, 103 S. W.3d 469, 472 (Tex. App.–San Antonio 2003) se resume la doctrina conforme a la cual «*To establish homestead rights, a party must show "overt acts of homestead usage, and intention on the part of the owner to claim the property as homestead."* *Lifemark*, 655 S. W.2d at 314. *Once property has been dedicated as homestead, it can only lose such designation by abandonment, alienation, or death.* *Garrard v. Henderson*, 209 S. W.2d 225, 229 (Tex. Civ. App.–Dallas 1948, no writ). *After the party has established the homestead character of the property, the burden shifts to the creditor, or in this case the Appellants, to disprove the continued existence of the homestead.* *Lifemark*, 655 S. W.2d at 314. *In other words, a homestead is presumed to exist "until its termination is proved."* *Id.* [citing *Sullivan v. Barnett*, 471 S. W.2d 39, 43 (Tex. 1971)]».

Como es de ver, el régimen de *homestead* no impide la enajenación y constitución de gravámenes sobre la granja o vivienda objeto de la protección frente a los acreedores. Lo que se impide es el embargo y la venta forzosa de la granja o vivienda, bajo sanción de nulidad⁽⁸²⁾. Ahora bien, se trata de un régimen que no es absoluto; determinados créditos son inmunes a ella, como –según hemos visto– sucede igualmente en la legislación federal.

La propia Sec. 50 de la Constitución de Texas permite la embargabilidad de la *homestead* familiar por deudas procedentes –entre otras– de: (1) la adquisición de la casa («*the purchase money thereof, or a part of such purchase money*»); (2) los impuestos correspondientes; (3) la partición de la propiedad o su adjudicación en procedimiento de divorcio; (4) la refinanciación de ciertos gravámenes o impuestos de los cabezas de familia; (5) la realización de mejoras nuevas de la propiedad contratadas por escrito o renovación de las preexistentes, debajo determinadas condiciones; (7) las ampliaciones de determinados créditos particularmente vinculados al bien de familia, de los que destacan aquellos garantizados mediante un gravamen voluntario sobre el bien de familia constituido por la persona propietaria y su cónyuge, o mediante gravamen que solo pueda ejecutarse por orden judicial; (8) una hipoteca inversa; y (9) la conversión y refinanciación de un gravamen sobre bienes muebles garantizado por una casa prefabricada a un gravamen sobre bienes inmuebles. Cualquier otra carga contra la *homestead* no específicamente contemplada en la Constitución de Texas es nula⁽⁸³⁾.

La ley de *homestead* de Texas proporciona un elevado estándar de protección a los adquirentes de vivienda habitual (cercana a proporciones míticas, en feliz expresión de PATTERSON)⁽⁸⁴⁾, que incluye, dentro de la propiedad urbana protegida, usos parcialmente ajenos a lo doméstico, como los comerciales o profesionales o –va de suyo en el caso de los terrenos rurales– los agrícolas.

Adicionalmente, lo mismo que en la legislación federal la legislación tejana también atribuye también la condición de inembargables a otros bienes del deudor y su familia, que se encuentran regulados en *Property*

(82) A tenor del Article 16, Sec. 50 (c) de la Constitución de Texas, «*no mortgage, trust deed, or other lien on the homestead shall ever be valid unless it secures a debt described by this section, whether such mortgage, trust deed, or other lien, shall have been created by the owner alone, or together with his or her spouse, in case the owner is married...*»).

(83) *Marincasiu v. Drilling*, 441 S. W.3d 551 (Tex. App.—El Paso 2014, pet. denied).

(84) La sentencia del caso *Cadle Co. v. Ortiz*, 227 S. W.3d 831, 835 recoge esta expresión del Senador Jerry Patterson (*SMLJ*, p. 324), a propósito de la reforma constitucional tejana de 1995 que modificó los créditos excepcionados de *homestead*, donde afirmó que «*the concept of Texas homestead protection has grown to near-mythical proportions*».

Code § 42.001 y § 42.002 como «*Personal Property Exemption*». Para ello es preciso que la propiedad de la familia o del adulto que viva solo no exceda de la cantidad de 100.000 y 50.000 \$, respectivamente, de valor neto de mercado justo, deducidas todas las cargas y gravámenes del inmueble (*Property Code* § 42.001); dándose esta condición, los bienes personales que quedan protegidos con la inembargabilidad son: (1) enseres del hogar y reliquias familiares; (2) provisiones para el consumo; (3) vehículos y herramientas agrícolas o ganaderos; (4) herramientas, equipos, libros y aparatos, incluidas las embarcaciones y los vehículos de motor utilizados en un oficio o profesión; (5) prendas de vestir; (6) joyas que no excedan el 25 por ciento de las limitaciones totales antedichas; (7) dos armas de fuego; (8) equipo deportivo, incluidas las bicicletas; (9) un vehículo de motor de dos, tres o cuatro ruedas para cada miembro de la familia o del adulto soltero que tenga licencia de conducir o que dependa de que otra persona le transporte; (10) los siguientes animales y forrajes disponibles para su consumo: (a) dos caballos, mulas o asnos y una silla de montar, manta y brida para cada uno; (b) 12 cabezas de ganado vacuno; (c) 60 cabezas de otros tipos de ganado; y (d) 120 aves de corral; y, por fin, (11) los animales domésticos.

4.5 Irlanda, una muestra más de los sistemas de *civil law*

Si dirigimos ahora nuestra atención hacia el Derecho nacional de Irlanda, nos llamará la atención que, pese a su adscripción a los sistemas de la familia del *common law*, la materia de embargabilidad y ejecutabilidad de la vivienda familiar está sometida al mismo y restrictivo régimen que impera en los sistemas eurocontinentales de *civil law*.

En Irlanda, la protección de la vivienda resulta, por un lado, de la *Family Home Protection Act 1976*, núm. 27; y, de otro lado, de la *Personal Insolvency Act 2012*, núm. 44.

La *Family Home Protection Act* ⁽⁸⁵⁾ define el hogar familiar o *family home* como el «*dwelling*» –es decir, en términos formales o literarios– la vivienda o residencia «*in which a married couple ordinarily reside*» o, adicionalmente, donde ordinariamente reside –o residiera antes de abandonarlo– el cónyuge de cuya protección se trate [Sec. 2 (2)]. Este concepto de vivienda familiar merece alguna aclaración ulterior. La primera es que el último inciso –originario de la ley– recoge la realidad de que los cónyuges hayan cesado en su convivencia, en cuyo caso este hecho no determina la extinción de la protección dispensada a la vivienda

(85) Disponible en <https://revisedacts.lawreform.ie/eli/1976/act/27/revised/en/html>.

familiar⁽⁸⁶⁾. La segunda cuestión es que el concepto de «*dwelling*» a los efectos de esta ley se ha ampliado por obra de la *Family Law Act 1995* (26/1995) a cualquier edificio o parte de un edificio ocupado como vivienda separada, incluido el jardín u otro terreno habitualmente susceptible de ocupación con la vivienda como terreno subsidiario y auxiliar para la comodidad o conveniencia de los moradores y no susceptible de ser utilizado para fines principalmente comerciales, así como toda estructura no anclada de forma permanentemente al suelo, y un vehículo o embarcación, ya sea móvil o no, susceptible de ser ocupado como vivienda separada, como se recoge ahora en la Subsection 2 (2). Pero, sobre todo y en tercer término, no deja de llamar la atención que la ley solo proteja *expressis verbis* a las personas casadas⁽⁸⁷⁾. Y así es: el requisito del matrimonio resulta necesario no solo porque lo pide la definición de hogar familiar de la Sec. 2 de la ley, sino también porque la Sec. 12 establece el carácter no constitutivo de la inscripción registral del matrimonio, pero no permite prescindir del matrimonio en sí, por más que su inscripción pueda haberse omitido.

Es la extensa *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010* la que, de forma paralela, reserva el término de «hogar compartido» o «*shared home*» –Sec. 27– para definir «*a dwelling in which the civil partners ordinarily reside*» o donde ordinariamente reside –o residiera antes de abandonarlo– uno de los compañeros civiles, y confiere a las parejas registradas una protección cercana a la matrimonial.

Pues bien, el propósito de ambas leyes es limitar, bajo sanción de nulidad, todo acto dispositivo sobre el hogar familiar o compartido realizado por el titular del bien sin que concurra el consentimiento del otro cónyuge⁽⁸⁸⁾ o del/a compañero/a⁽⁸⁹⁾ o, en su defecto, del tribunal⁽⁹⁰⁾. Pero ninguna de estas leyes llega a declarar inembargables los inmuebles en sí, ni siquiera en forma relativa hasta determinado *quantum*. Todo lo más, ambas leyes permiten solicitar de un tribunal que se adopten medidas dirigidas a evitar conductas del otro cónyuge o conviviente que puedan conducir a la pérdida de la vivienda familiar o compartida⁽⁹¹⁾; pero ya en la sentencia del caso *Containercare (Ireland) Ltd. v Wycherly* [1982] IR 143 se resolvió que esta prevención no era aplicable frente a la anotación de un embargo obtenido judicialmente.

(86) V. GONZÁLEZ COLOMA, 2019, pp. 192-193.

(87) «Las parejas de hecho, las cohabitantes o las del mismo sexo no están protegidas por la ley» (GONZÁLEZ COLOMA, 2019, p. 193).

(88) *Family Home Protection*, Sec. 3 (1).

(89) *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act*, Sec. 28.

(90) *Family Home Protection*, Sec. 9(2)(b), y *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act*, Sec. 4(1), respectivamente.

(91) *Family Home Protection*, Sec. 9, y *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act*, SEec. 30, respectivamente.



Con todo, debe advertirse de la poca frecuencia con que parece acudir-se al embargo de un inmueble en Irlanda, lo que diluye el problema de la ausencia de una norma de inembargabilidad legal siquiera relativa de la vivienda habitual. En un informe nacional sobre el proceso de ejecución irlandés para el proyecto *EU Enforcement Atlas*, WALES explica que un acreedor puede solicitar que la ejecución se dirija contra la entera propiedad del deudor condenado⁽⁹²⁾, pero son raros los casos en que llega a practicarse este embargo⁽⁹³⁾. En primer lugar, porque el agente judicial en Irlanda únicamente puede embargar inmuebles libres de cargas y sucede en el Derecho irlandés que el deudor hipotecante deja de tener la consideración de propietario, por lo que la preexistencia de la hipoteca determina la falta de potestad del agente para decretar el embargo judicial. Además, otros factores limitantes son que el agente tampoco puede embargar inmuebles inmatriculados y no tiene la carga de averiguar su situación registral. Y esto conduce a que, en la práctica, existen muy pocos embargos judiciales sobre inmuebles inmatriculados y libres de cargas.

Por otro lado, si volvemos la mirada a la ley de insolvencia personal⁽⁹⁴⁾, tampoco existen disposiciones que eximan de los bienes liquidables del deudor la vivienda familiar o compartida. En este punto, aunque la *Personal Insolvency Act 2012*, Sec. 69(4) establece la regla de que ningún acuerdo de liquidación de deuda puede suponer la enajenación de los derechos del deudor sobre la vivienda privada principal, a reglón seguido se introducen dos salvedades cumulativas que condicionan su admisibilidad, a saber: (a) que el deudor haya obtenido asesoramiento jurídico independiente en relación con dicha enajenación o haya declinado informarse después de haber sido advertido por un profesional de insolvencia personal; y (b) que se cumplan las disposiciones relativas a la transmisión del hogar familiar o compartido que disponen la *Family Home Protection* y la *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*. Y esta última exigencia, en la medida en que exige el consentimiento del cónyuge o compañero de la persona deudora y, en su defecto, del juez, constituye un impedimento nada fácil de salvar.

5. CONCLUSIONES

A uno y otro lado del Atlántico el nivel de protección de la vivienda familiar frente al poder de agresión de los acreedores varía considerable-

(92) WALES, 2020, p. 11.

(93) WALES, 2020, pp. 15-16.

(94) Disponible en <https://revisedacts.lawreform.ie/eli/2012/act/44/revised/en/html>.



mente sin que por ello claudique el principio de responsabilidad universal del deudor que *–universaliter–* rige el Derecho patrimonial.

Nuestro sistema jurídico sigue todavía muy pegado a una idea que nos ha llegado desde el Derecho justiniano y que restringe la inembargabilidad de los bienes del deudor a un círculo muy reducido de bienes muebles, como el ajuar doméstico, la ropa y ciertos instrumentos de trabajo, ligados a la finalidad tuitiva de garantizar la subsistencia del deudor y su familia. Esta tradición, sin embargo, ha favorecido también la arraigada idea de que la vivienda del deudor es, como cualquier otro inmueble, legalmente embargable, aunque en la actualidad su embargo quede postergado en el artículo 592.2.7.º LEC.

Soplan tiempos para revisar esta idea secular y reformularla en términos de inembargabilidad relativa de la vivienda, hasta un determinado *quantum* de su valor de mercado.

La inembargabilidad de la vivienda solo ha cedido en España en tiempos muy recientes y en dos supuestos de limitado alcance. En el año 2013 debutó la inembargabilidad de la vivienda del «emprendedor de responsabilidad limitada» (art. 8 LAEI), cuyo balance arroja más sombras que luces. En el período 2013-2024 de vigencia de esta ley, solo 226 emprendedores se han acogido a esta figura. Por un lado, apenas ofrece ventajas frente a la creación de una sociedad de capitales. Y por otro lado, su mayor ventaja se ha configurado de forma gravemente inconveniente, por hacer depender la (in)embargabilidad *in integrum* de la vivienda de un criterio rígido y único de 300.000 € (salvo en Madrid y en Barcelona), que determina que, si el valor de la vivienda excede de esta cuantía, la vivienda es enteramente embargable. Esta inembargabilidad de la vivienda debería construirse *–de lege ferenda–* en forma relativa respecto de su valor, para que resulte embargable en lo que exceda de X euros de su valor de mercado o, dicho al revés, inembargable hasta los prefijados X euros de valor de mercado.

El segundo supuesto en el que ha cedido el artículo 1911 CC consiste en la «inembargabilidad temporal» de la vivienda habitual del concursado durante la vigencia del plan de pagos *ex* artículo 497.2.1.º LCon. Este precepto ha configurado *de facto* y *de iure* un supuesto de «inembargabilidad judicial», oponible a todos los acreedores distintos del titular del crédito privilegiado garantizado con la vivienda (hasta el límite objeto de la garantía), por obra de la aprobación judicial del plan de pagos, aunque solo mientras dure este, es decir, cinco años como máximo (luego, lo que está llamado a operar es la exoneración de deuda). Aquí la vivienda en su integridad resulta protegida frente a todos los acreedores del deudor, salvo frente al eventual titular del crédito privilegiado en cuya garantía esté constituida la hipoteca de la vivienda habitual.



El panorama al otro lado del Atlántico es muy distinto. Las *homestead exemptions* norteamericanas representan una evolución totalmente propia de la protección de la vivienda familiar en EE. UU, originada en un contexto de expansión territorial y de colonización agrícola de la tierra basada en el minifundismo. En la actualidad, las *homestead exemptions* constituyen –con la salvedad de determinados créditos que resultan in- munes a ellas– un régimen plural de inembargabilidad relativa de la vi- vivienda familiar que debe mover a la reflexión.

Por un lado, las *federal exemptions* operan en el contexto del concur- so de acreedores y confieren al deudor una protección específica sobre su vivienda de hasta 27.900 \$ («*equity home*»), más una «exención como- dín» en lo que exceda de aquella suma.

Alternativamente, en una veintena de Estados el deudor puede acoger- se, a su conveniencia, al régimen de *homestead exemption* establecido en la legislación estatal. Las de Texas y Florida basan la inembargabilidad del inmueble familiar –también el de una persona adulta sola– en la extensión del terreno y en su carácter rural o urbano, sin que quede excluido su uso parcialmente profesional o comercial. En California, en cambio, la inem- bargabilidad de la vivienda habitual se mide por un criterio cuantitativo que, alternativamente y a elección del deudor, es el mayor de la cantidad de 300.000 \$ o el precio de venta medio en el condado de una vivienda unifamiliar en el año anterior, hasta un máximo de 600.000 \$.

Estos regímenes más amplios y tuitivos de la persona y de su familia, con independencia de su consideración de emprendedor o de consumidor y de su situación –o no– de sobreendeudamiento, abren nuevas perspec- tivas desde las que abordar un régimen legal equilibrado de inembargabi- lidad parcial de la vivienda habitual. Cuanto menos, la reflexión hay que hacerla sin postergar la dificultad que encuentran las personas naturales para acceder a la vivienda y mantenerse en ella, ni la importancia de de- sarrollar medidas que puedan ayudar a revertir el proceso acelerado de gentrificación y despoblación que ciertos territorios.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUNÉN, M. J., *Ejecución civil dineraria y no dinearia. 654 preguntas y respuestas*, Madrid, 2018.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., «La segunda oportunidad para los empresarios del nuevo régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 801, 2024, pp. 531-549.
- AYLLÓN GARCÍA, «Los patrimonios de afectación como mecanismo de protección del patrimonio familiar», en *Los Patrimonios de Afectación Como Instrumento de Gestión y Transmisión de Riqueza*, Tirant lo blanc, Valencia, 2020, pp. 149-170.



- BAÑÓN GONZÁLEZ, A. (coord.), *El Embargo. La Medida Judicial y su Anotación Preventiva en el Registro de la Propiedad*, ed. Tirant lo blanch, 2019.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «La ley de apoyo a los emprendedores. El concurso de persona física y el acuerdo extrajudicial de pagos», en *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 61, 2014, pp. 59-106.
- BIALOSTOSKI, S., «El *beneficium competentiae*», en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 9, julio 1977, pp. 221-237.
- BRANCÓS, E., «El emprendedor de responsabilidad limitada en la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internalización», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 52, noviembre-diciembre 2013, disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-52/3590-el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-en-la-ley-de-apoyo-a-los-emprendedores-y-su-internalizacion> [consulta: 30 de septiembre de 2024].
- CACHÓN CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, ed. Atelier, Barcelona, 2.^a ed., 2019.
- CARRERAS LLANSANA, del embargo como actividad procesal compleja de selección, afección y garantía de la traba de bienes a un concreto proceso (v. su *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957).
- CASERO LINARES, L., *El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2.^a ed., L'Hospitalet de Llobregat, 2012.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Justicia Dato a Dato 2023*, disponible en <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/ESTAD%C3%8DSTICA/FICHEROS/Justicia%20Dato%20a%20Dato%20-%20A%C3%B1o%202023.pdf> [consulta: 24 de septiembre de 2024].
- CUENA CASAS, M., «Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 23, 2015, pp. 329-346. Disponible en Docta Complutense: <https://hdl.handle.net/20.500.14352/24260> [consulta: 30 de septiembre de 2024].
- «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Actualidad Civil*, núm. 9, Septiembre de 2023.
- «Reforma concursal: segunda oportunidad y ejecución de la vivienda habitual», en *El Notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2022. Disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-105/11621-reforma-concursal-segunda-oportunidad-y-ejecucion-de-la-vivienda-habitual> [consulta: 30 de septiembre de 2024].
- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A., *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano: (pignus in causa iudicati captum)*, 2013.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., «El “homestead”. Una legislación de ida y vuelta», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, coord. J. M. Abril Campoy y M. E. Amat Llari, vol. II, Valencia, 2006, pp. 1325-1347.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2001.



- FINK, R., «Homestead Act of 1862», en *Encyclopedia Britannica*, 27 Aug. 2020, disponible en <https://www.britannica.com/topic/Homestead-Act> [consulta: 1 de octubre de 2024].
- GOMÁ LANZÓN, F., «El emprendedor de responsabilidad limitada, un ejemplo más de derecho inútil», *Blog Hay Derecho*, disponible en: <https://www.hayderecho.com/2013/10/09/el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-un-ejemplo-mas-de-derecho-inutil/> [consulta: 30 de septiembre de 2024].
- GONZÁLEZ COLOMA, G., *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar vivienda*, Madrid, 2019.
- GOODMAN, «The Emergence of Homestead Exemption in the United States: Accommodation and Resistance to the Market Revolution, 1840-1880», he *Journal of American History*, Vol. 80, No. 2 (Sep., 1993), pp. 470-498.
- GRILLONE, A., «Las raíces de la legislación “de segunda oportunidad” en las fuentes romanas, en Stracca y en el derecho medieval español», en *Estudios en torno al tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive doccotoribus) de Benvenuto Stracca*, BLANCH NOUGUÉS, J. M. y otros, Madrid, 2023, pp. 87-106.
- LLEONART CASTRO, J., «El empresario individual y la búsqueda de la limitación de responsabilidad», en *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. Extraordinario 2017, diciembre 2017, pp. 17-51.
- LONDON, L., «The Initial Homestead Exemption in Texas», en *The Southwestern Historical Quarterly*, vol. 57, no. 4 (Apr., 1954), pp. 432-453.
- MARTÍN SATISESTBAN, S. (dir), *Los patrimonios de afectación como instrumento de gestión y transmisión de la riqueza*, Tirant lo blanc, Valencia, 2020.
- MORANTZ, A. D., «There's No Place Like Home: Homestead Exemption and Judicial Constructions of Family in Nineteenth-Century America», en *Law and History Review*, Summer 2006, vol. 24, No. 2, pp. 245-296.
- MUÑOZ GARCÍA, A., «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», en *Diario La Ley*, núm. 8233, enero 2014.
- O'NEILL, C., «The Federal Bankruptcy Exemptions», entrada de <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/federal-bankruptcy-exemptions-property.html> [fecha de actualización: 9/22/2022; consulta: 2 de octubre de 2024].
- PARADISO, M., *Corso di istituzioni di diritto privato*, 10.^a ed., Giappichelli, Torino, 2018.
- PATTERSON, J., «Home Equity Reform in Texas Forum», en *St. Mary's Law Journal*, vol. 26, núm. 2, 1995, pp. 323-337.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., «Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (11) (2004), pp. 103-152.
- PRADO RODRÍGUEZ, J. C., «El beneficio de la condena limitada al *id quod debitor facere potest* en favor del insolvente», *Revista General de Derecho Romano*, 15 (2010).
- PRIEST, C., «Creating an american property law: alienability and its limits in american history», *Harvard Law Review*, Volume 120, Issue 2, December 2006, pp. 385-458.

- RECLUS, E., «Culture and property», en *Anarchy, Geography, Modernity: Selected Writings of Elisée Reclus*, trad. Clark, J. y Martin C., Oakland, 2013, pp. 202-207.
- REGISTRADORES DE ESPAÑA, *Estadística Mercantil. Ejercicio 2023*, disponible en <https://www.registradores.org/documents/33383/148297/Estad%C3%ADstica+Mercantil+2023.pdf/d0d6e558-3d7b-d930-04e9-9c9c8ce72c31?t=1710314897452> [consulta: 21 de septiembre de 2024].
- RÍOS MUÑOZ, L. P., *Los principios de la inembargabilidad*, Santiago de Chile, 2018.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, B., *Ejecución dineraria: liquidez: Embargo y realización forzosa*, Las Rozas, 2019.
- «La entrada e inspección en domicilio a efectos de embargo en el proceso civil: canon de constitucionalidad de la medida», en *Derecho procesal: Retos y transformaciones*, Bujosa Vadell, L., (dir.), pp. 453-464.
- VALENCIA VIROSTA, A., «La importancia del beneficio de competencia en la Ley 25/2015 de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad: antecedentes remotos y su configuración en el derecho histórico español», en *Anuario de derecho concursal*, núm. 51, 2020, pp. 203-230.
- VICENT CHULIÁ, V., «La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles», en *La Notaría*, núm. 3/2013, diciembre 2013, pp. 36-61.
- WALES, M., *EU. Enforcement Atlas. Ireland. Narrative National Report*, Dublin, 2021. Disponible en <https://www.enforcementatlas.eu/wp-content/uploads/2021/07/eu-enforcement-atlas-ireland-report.pdf> [consulta: 5 de octubre de 2024].
- WILKINSON, A. E., «The Author of the Texas Homestead Exemption Law», en *The Southwestern Historical Quarterly*, Jul., 1916, vol. 20, no. 1 (Jul., 1916), pp. 35-40. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/30234694> [consulta: 30 de septiembre de 2024].
- YÁÑEZ VIVERO, F., «Vivienda familiar y endeudamiento del consumidor en las experiencias jurídicas de distintos ordenamientos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, pp. 1441-1480.

B. La realización forzosa de la vivienda habitual, en la ejecución ordinaria y en la ejecución hipotecaria⁽¹⁾

Ignacio Cubillo López

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad de Córdoba

dc1cubli@uco.es

Resumen: *En este capítulo se estudian las normas que regulan la fase de realización forzosa cuando el bien que se ejecuta es la vivienda habitual del deudor, distinguiendo entre las reglas de toda ejecución dineraria y las específicas de las ejecuciones hipotecarias, tras analizar previamente qué puede entenderse por vivienda habitual a los efectos de la ejecución y cuál ha de ser su tratamiento procesal.*

Palabras clave: *Vivienda habitual. Realización forzosa. Subasta. Protección de deudores hipotecarios.*

(1) Este trabajo se ha realizado dentro del proyecto de investigación «Eficiencia y acceso a la justicia civil en tiempos de austeridad» (PID2021-122647NB-I00), dirigido por F. Gascón Inchausti y P. Peiteado Mariscal, de la Universidad Complutense de Madrid.

Abstract: *This chapter studies the rules that regulate the forced realization phase when the property being foreclosed on is the debtor's habitual residence, distinguishing between the rules of all monetary foreclosures and those specific to mortgage foreclosures, after previously analysing what can be understood by habitual residence for the purposes of execution and what its procedural treatment should be.*

Keywords: *Habitual residence. Forced realization. Auction. Protection of mortgage debtors.*

Sumario: 1. Sobre la ejecución forzosa y la vivienda habitual, en general. 2. La realización forzosa de la vivienda habitual en la ejecución ordinaria. 2.1 Modos de realización forzosa de la vivienda habitual; el convenio de realización. 2.2 Actuaciones y comunicaciones previas a la subasta de la vivienda habitual. 2.2.1 Vulnerabilidad económica del deudor y afección de la vivienda habitual. 2.2.2 Certificación de dominio y cargas, y actuaciones con distintos sujetos relacionados con la vivienda. 2.2.3 Avalúo, depuración de cargas y fijación del precio de salida. 2.3 Procedimiento de subasta y adjudicación de la vivienda habitual del deudor. 2.3.1 Primeras actuaciones de la subasta. 2.3.2 Aprobación del remate en caso de vivienda habitual del deudor. 2.3.3 Adjudicación, pago y entrega de la vivienda habitual del deudor. 3. La realización forzosa de la vivienda habitual en la ejecución hipotecaria. 3.1 Especialidades de la realización forzosa de la vivienda habitual dada en garantía. 3.1.1 Actuaciones previas a la realización forzosa de la vivienda hipotecada. 3.1.2 Realización forzosa de la vivienda hipotecada y pago. 3.1.3 Liberación de la vivienda hipotecada en caso de vencimiento anticipado. 3.1.4 Procedimiento adecuado para pedir el lanzamiento de la vivienda habitual. 3.2 Protección de los deudores hipotecarios que pierden su vivienda habitual. 3.2.1 Paralización del lanzamiento del ejecutado y alquiler social. 3.2.2 Protección del deudor hipotecario en la ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria. Bibliografía.

1. SOBRE LA EJECUCIÓN FORZOSA Y LA VIVIENDA HABITUAL, EN GENERAL

Qué ha de entenderse por «vivienda habitual» es algo tratado, con carácter general, desde el inicio de esta obra (cfr. Bloque I, Capítulo d). Sobre cómo afecta este concepto a los procesos judiciales civiles, y en particular a los procesos de ejecución en su fase de realización, es la materia propia de este Capítulo. Y lo primero que debe advertirse es que la LEC no precisa cuándo se está ante un inmueble que pueda considerarse la *vivienda habitual* de una de las partes; ni tampoco señala cómo se articula este concepto o categoría dentro de las actuaciones del proceso

(es decir, cuándo debe alegarse y acreditarse, qué parte procesal tiene la carga de hacerlo, cómo puede discutirse la afirmación o negación de tal carácter, qué sucede si hay cambios al respecto durante la tramitación, etc.). Y, sin embargo, en las normas que regulan la ejecución forzosa, existen varias referencias expresas a la situación consistente en que el inmueble objeto de ejecución sea la vivienda habitual del ejecutado, lo que determina que se produzcan unas consecuencias procesales diferentes a las que acontecen cuando no se está ante dicha situación.

En concreto, los preceptos de la LEC que se refieren a la vivienda habitual del deudor u obligado, en materia de ejecución, son los cinco siguientes, por orden de numeración: artículos 575.1 bis, 579.2, 671, 693.3 y 704.1. Así:

- Dos de ellos contienen reglas específicas que operan en *toda ejecución dineraria*, sea ordinaria o hipotecaria, cuando la actividad ejecutiva afecta a la vivienda habitual del demandado, como son: 1) el límite en la cuantía exigible al deudor en concepto de *costas* (art. 575.1 bis); y 2) los porcentajes sobre el valor de salida en la subasta por los que puede *aprobarse el remate* en caso de que bien subastado sea la vivienda habitual del ejecutado (art. 670.3 VI). Este último precepto, al igual que otros muchos a los que nos referiremos en estas páginas, se ha visto afectado por la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LOMEJ).

- Otros dos preceptos son propios de las *ejecuciones hipotecarias*, para los casos en que la garantía que se ejecuta es la vivienda habitual del deudor, y tratan: 3) de la facultad de *enervación* de la ejecución y liberación del bien, en los supuestos de vencimiento anticipado, que podrá ejercitar el deudor, sin necesidad de que le autorice el acreedor, cuando aquella se refiera a su vivienda habitual (art. 693.3); y 4) de los beneficios –o *reducciones en la deuda*– que se aplican cuando el ejecutado ha perdido su vivienda habitual en la ejecución hipotecaria y, pese a ello, el acreedor insta una ejecución ordinaria por la cantidad pendiente de pago (art. 579.2).

- Y el último, 5) versa sobre la ejecución consistente en la entrega de la posesión de un inmueble, que, tratándose este de la vivienda habitual del ejecutado, se le concede el plazo de un mes, prorrogable a otro, para el *desalojo*, antes de que se proceda al lanzamiento; esta norma se encuentra entre las propias de la *ejecución no dineraria*, pero también es aplicable cuando debe producirse el desalojo como resultado de la enajenación forzosa de una vivienda en una ejecución dineraria, sea esta ordinaria o hipotecaria.



A este conjunto de disposiciones de la LEC, cuyo contenido y alcance examinaremos en este Capítulo, con su debido contexto, deben sumarse las medidas de protección a los deudores hipotecarios que de un tiempo a esta parte se vienen aprobando, algunas de las cuales son de carácter procesal y afectan, precisamente, al deudor cuya vivienda habitual se ha realizado forzosamente en una ejecución hipotecaria. Nos referimos sobre todo a la *suspensión de los lanzamientos*, prevista para los colectivos especialmente vulnerables, en el artículo 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 (LPDH)⁽²⁾, que se ha sido objeto de reforma reciente por el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables. Pero también aludimos a la *declaración de inembargabilidad de ingresos mínimos familiares*, recogida en el artículo 1 del 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.

Por lo tanto, que el inmueble sobre el que se proyecta la actividad ejecutiva tenga o no el carácter de *vivienda habitual* del demandado es algo que repercute de manera relevante en el desarrollo y desenlace del proceso de ejecución, así como en el estado en que puede quedar el ejecutado tras él. Y, como decimos, la LEC guarda silencio acerca de la definición y del tratamiento procesal de esta figura, por lo que estamos ante un auténtico concepto jurídico indeterminado.

Así, en cuanto a qué debe entenderse por «vivienda habitual» de la parte pasiva de una ejecución, junto a lo ya dicho en el Bloque I, puede servirnos lo que se desprende del sentido común del término, expresado de forma sencilla como: «*Vivienda utilizada de forma efectiva y continuada o estable. En caso de disfrutar una persona de varias viviendas, se tiene por tal aquella en la que resida más de la mitad del año*»⁽³⁾. A efectos de la ejecución, puede bastarnos.

Y sobre el *tratamiento procesal* de esta categoría jurídica, nos atrevemos a dar unas pautas generales y breves (sin ánimo de exhaustividad), a

(2) Nótese que, de los cinco preceptos recién aludidos, fue precisamente esta Ley (LPDH) la que introdujo en la LEC dos de ellos, los artículos 575.1 bis y 579.2, así como la que reformó el artículo 693.3 y también el anterior artículo 671, precedente del actual artículo 670.3 VI (según la versión dada por la LOMEJ). Por su parte, la versión actual del artículo 704.1 se debe a la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV).

(3) Esta la definición que se ofrece en el Diccionario panhispánico del español jurídico (de la Real Academia Española).

fin de que nos orienten a la hora de manejar este concepto dentro de los procesos de ejecución, y son las siguientes:

– Cuando la vivienda objeto de realización forzosa es una garantía hipotecaria, sí existe una norma de referencia, el artículo 21.3 LH, que establece desde 2013 (en virtud de la LPDH) que, *en las escrituras* de préstamo hipotecario sobre vivienda, *debe constar* si el inmueble que se hipoteca tiene o no la condición de vivienda habitual del prestatario, presumiéndose que en el momento de la ejecución perdura la condición atribuida en la escritura, salvo prueba en contrario. Por tanto, esta *presunción* opera *iuris tantum*, a favor del carácter habitual que se haya escriturado, arrojando sobre el acreedor que quiera negarlo la carga de alegar y de probar que ya no es así, lo que podrá manifestar en la demanda ejecutiva o por medio de recurso contra la resolución que recoja tal carácter y pretenda hacer efectiva alguna de sus consecuencias.

– En cambio, *si no consta* el carácter habitual de la vivienda afecta a la ejecución, sea por tratarse de la ejecución de una hipoteca constituida antes de 2013 y en cuya escritura no figura si tiene o no dicho carácter, o sea cuando se embargue una vivienda del deudor en una ejecución ordinaria y no se haya dicho nada al respecto en la resolución de embargo, en estos casos –y al contrario que en los anteriores– será *carga del deudor* afirmar y sostener que el inmueble que se ejecuta es su vivienda habitual, al ser él quien se beneficiará de que esto último quede acreditado, o quien se verá perjudicado por la falta de tal acreditación⁽⁴⁾.

– Para acreditar que el inmueble que se realiza es su vivienda habitual, el deudor podrá servirse de los *indicios* que permiten presumir tal carácter, según la Resolución de la –antigua– Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), de 13 de febrero de 2014, y que son: que la vivienda sobre la que se proyecta la ejecución se haya fijado como el domicilio del deudor en la escritura de hipoteca a efectos de notificaciones; o que dicha vivienda conste como su domicilio en anotación registral; o que así figure en el padrón municipal⁽⁵⁾. Aunque la jurisprudencia insis-

(4) Así, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *La vivienda habitual en la ejecución forzosa*, Aranzadi, 2021, p. 25: «es evidente, no siempre consta en la escritura de propiedad que el inmueble es vivienda habitual. Si no operase tal presunción –v.gr., el bien no está hipotecado o la hipoteca es anterior a 2013, entre otros supuestos–, parece que quien alega la habitualidad de la vivienda debe aportar prueba (cabe pensar fundamentalmente en la documental) que lo acredite, correspondiendo a la contraria proporcionar algún tipo de prueba en contra, si bien la carga material de la prueba ha de recaer a nuestro juicio en cualquier caso sobre la parte pasiva de la ejecución. Es ésta, como beneficiaria de las medidas legalmente previstas en relación con la vivienda –y también como consecuencia de la aplicación del criterio de la facilidad probatoria–, la que debe acreditar, más allá de toda duda razonable, cuál es el inmueble que habita con habitualidad».

(5) En este sentido, DE LA RUBIA SÁNCHEZ, D., «La ejecución de vivienda habitual», *Revista Acta Judicial*, n.º 4, 2019, p. 16.

te en que el *carácter* de vivienda habitual no es formal (desprendido de declaraciones o de documentos fiscales o de otro tipo) sino *material*, es decir, directamente relacionado con la residencia efectiva.

– Por otro lado, si no consta que sea habitual la vivienda del ejecutado y este no lo aduce de algún modo, cabe pensar que el órgano judicial *le requiera para que manifieste* si el inmueble embargado (o hipotecado) goza de dicha condición o no, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 589.1 LEC.

– Hay *algunos decretos* dictados en el curso de la ejecución que parecen especialmente idóneos para que el letrado de la administración de justicia establezca si el inmueble que se realiza forzosamente tiene o no la condición de vivienda habitual del ejecutado, aunque las normas que los regulen no contengan ninguna indicación al respecto. Así sucede, a nuestro juicio, con el *decreto de embargo* de una vivienda, que debería recoger la información principal del bien, entre la que se cuenta sin duda tal extremo (cfr. art. 551.3 1.º LEC). O con el relativo al *edicto de la subasta* que ha de publicarse en el Portal de Subastas, y que «*incluirá las condiciones generales y particulares de la subasta y de los bienes a subastar; así como todos los documentos que contengan datos y circunstancias sean relevantes para la misma*» (art. 646.2 I LEC), y es clara la relevancia del carácter habitual o no de la vivienda objeto de realización. Y, como momento más tardío, pero en el que se aprecia más aún la necesidad de referirse a ello, en el *decreto de aprobación del remate*, ya que, para verificar si puede aprobarse o no el remate en función de las posturas realizadas, la ley exige unas cifras distintas a la mejor postura si se trata de la vivienda habitual del deudor, según el artículo 670.3 LEC; y, consecuentemente, en el *decreto de adjudicación* (art. 670.8 LEC)⁽⁶⁾. Todos estos decretos son recurribles en revisión, por lo que la parte que esté en desacuerdo con el carácter que se atribuya a la vivienda del ejecutado que se realiza podrá emplear este recurso, bien directamente ante el tribunal, en los casos de decreto de embargo (art. 551.5 LEC) o de aprobación del remate (art. 670.3 V LEC), bien previo recurso de reposición, en los demás casos, siguiendo la regla general del artículo 454 bis.1 LEC.

– No existe un trámite determinado para discutir dentro del proceso de ejecución sobre la condición de vivienda habitual –o no– del inmueble perteneciente al demandado y afecto a la ejecución, tal como han puesto de relieve varios autores. Algunos reclaman que debiera preverse un *incidente* específico sobre esta cuestión, equivalente al que contemplan las

(6) Con relación al último punto, en alguna resolución de la –actual– DGSJFP, como la de 14 de abril de 2023, se afirma que el decreto de adjudicación debe aclarar si la finca subastada y adjudicada tiene o no el carácter de vivienda habitual del ejecutado, pues de otro modo no se puede examinar la legalidad de la adjudicación, de suerte que el registrador podrá denegar la inscripción del bien a favor del nuevo titular en tanto que no se efectúe tal aclaración.

normas para aclarar y debatir acerca de la situación posesoria del inmueble que se subasta (cfr. arts. 661 y 675 LEC)⁽⁷⁾; otros autores señalan que, por el momento, cabe aplicar las normas generales sobre incidentes (arts. 387 y ss. LEC)⁽⁸⁾. Estamos de acuerdo en que debe permitirse al acreedor cuestionar la atribución del carácter de vivienda habitual del deudor que se haya afirmado, al igual que el ejecutado ha de poder reaccionar en contra de la denegación de dicha condición. Pero no nos parece adecuada la vía de la oposición para denunciar este extremo, como se propuesto por cierta doctrina⁽⁹⁾, pues este expediente se dirige a atacar la entera ejecución, y no las características de un concreto bien afecto en ella; no en vano, la oposición se plantea por motivos tasados, como es sabido (cfr. arts. 556, 557, 559 y 695 LEC), entre los que no se encuentra el carácter habitual o no de la vivienda embargada o hipotecada. Entendemos que lo propio, en la situación legal actual, es que dicha discusión procesal se suscite –cuanto antes– con ocasión del recurso frente a la resolución que atribuya o deniegue tal carácter, o mediante el planteamiento de una cuestión incidental expreso.

Sea como fuere, que un inmueble constituya o no la vivienda habitual del ejecutado tiene trascendencia para el proceso de ejecución. A nuestro juicio, son varias las perspectivas desde las que cabe estudiar la vivienda habitual del deudor como objeto de una ejecución. Así, puede examinarse, en primer lugar, como objeto de la *fase de embargo* de una ejecución dineraria, analizando la embargabilidad de este bien y las limitaciones que cabe adoptar al respecto. En segundo término, la vivienda habitual puede observarse como objeto de la *fase de realización forzosa* de una *ejecución ordinaria* (singular), como bien que se subasta, aunque sin descartar otros modos de realización. Unido, en tercer lugar, al estudio de las especialidades que presenta la fase de realización cuando se trata de una *ejecución hipotecaria*, junto a las medidas de protección con que cuentan los deudores hipotecarios que pierden su vivienda habitual a través del proceso. En cuarto lugar, la vivienda habitual del ejecutado puede ser el objeto de una *ejecución no dineraria*, en los casos en que el título que se ejecuta conlleva la entrega forzosa de dicho inmueble. Y, por último, cabe el análisis de la vivienda habitual del deudor como bien integrado en la masa activa de un concurso de acreedores, para estudiar su relación con el proceso concursal.

(7) Así, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: ob. cit., p. 24.

(8) DE LA RUBIA SÁNCHEZ, D.: ob. cit., p. 14.

(9) En este sentido, DE LA RUBIA SÁNCHEZ, D.: *ibidem*; al que siguen otros, como RUIZ-RICO ARIAS, M. D., «La propiedad de vivienda habitual y la ejecución hipotecaria tras la ley del derecho a la vivienda de 2023: insuficiente protección y necesidad de reforma legal», *Diario La Ley*, n.º 10373, de 23 de octubre de 2023.

De estas cinco perspectivas, la primera ha sido ya abordada en el Capítulo precedente (a cargo de la Prof.^a Sánchez López); la última, en el Capítulo siguiente (a cargo de la Prof.^a Cuenca Casas); y el tratamiento de la entrega forzosa –cuarta perspectiva citada– ha sido tratado en el Bloque XI, con ocasión de los procesos declarativos que pueden acabar en una resolución que ordena el desalojo (en especial, en el Capítulo sobre los juicios de desahucio, del Prof. Alba Cladera). De modo que el presente capítulo aborda los aspectos relativos a la fase de realización forzosa, primero en la ejecución ordinaria, y después en la ejecución hipotecaria.

2. LA REALIZACIÓN FORZOSA DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA EJECUCIÓN ORDINARIA

2.1 Modos de realización forzosa de la vivienda habitual; el convenio de realización

A fin de situar en su contexto y poder valorar mejor las reglas que se refieren de forma específica a la *realización forzosa* de la vivienda habitual de un ejecutado, vemos oportuno realizar un recorrido por esta fase de los procesos de ejecución dineraria, dirigida a convertir en dinero los bienes previamente embargados para satisfacer al ejecutante, sin perjuicio de que nos detengamos más en las normas relativas a la vivienda habitual del deudor. Las actuaciones de esta fase, también llamada «procedimiento de apremio», se regulan en los artículos 634 a 680 LEC, muchos de los cuales, como decimos, han sido modificados por la LOMEJ, lo que abunda en la necesidad de referirnos a estas normas.

Cuando el bien embargado es la vivienda habitual del deudor, la realización forzosa se efectuará a través de alguno de los sistemas de venta o *enajenación forzosa* que recoge el artículo 636 LEC, y que en la actualidad son dos: o el *convenio de realización*, que prima sobre la subasta, en caso de producirse; o la *subasta judicial*, si no se acuerda otra cosa, ya que estas subastas son el medio ordinario y subsidiario de realización forzosa, al que se acude por defecto (de no haber convenio de realización). Por este motivo, embargada una vivienda, el letrado de la administración de justicia ha de iniciar de oficio los trámites para que sea subastada, que sólo se interrumpirán si las partes pactan otro modo distinto de realización antes de la venta efectiva de la vivienda (art. 636.3 LEC)⁽¹⁰⁾.

(10) Hasta 2025, la LEC contemplaba también como modo distinto de realización forzosa la *venta por persona o entidad especializada*, a la que se aludía en el artículo 636 y que se regulaba específicamente en el artículo 641. Esta última norma ha sido derogada por la LOMEJ, y el contenido

Antes de entrar en las normas de la subasta, modo de realización en el que nos centraremos por ser el más habitual y el residual, hacemos una breve referencia al *convenio de realización*, que se regula en el artículo 640 LEC.

Este convenio consiste en un acuerdo al que pueden llegar las partes –y quienes acrediten tener un interés directo en la ejecución– en virtud del cual concretarán quién se ocupará de la venta forzosa de la vivienda, a través de qué medio y en qué condiciones. Puede encomendarse la enajenación a una persona o entidad expertas en el mercado de la vivienda; así como puede acudir a fórmulas de subastas extrajudiciales, a cargo de Procuradores, Notarios o Registradores, o cargo de casas de subastas privadas, de forma que cada uno siga sus propias reglas; o pueden buscarse personas interesadas en adquirir la vivienda embargada por un precio mayor que el que se obtendría presumiblemente en la subasta judicial. Ahora bien, se requiere que *el convenio sea aprobado* por el letrado de la administración de justicia que esté tramitando la ejecución, mediante decreto, y para ello, por cuanto afecta a bienes susceptibles de inscripción registral, es preciso que los acreedores y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho con posterioridad al del ejecutante den su conformidad expresa al acuerdo de realización que se plantean las partes (art. 640.2). El nuevo artículo 640 ya no menciona la necesidad de una comparecencia, a la que se convoque a todos los afectados, por lo que el consentimiento tanto de las partes como de acreedores posteriores y terceros poseedores podrá recabarse por escrito.

Aprobado el convenio, se suspenderá la ejecución de la vivienda a la que afecte. Y se harán las gestiones oportunas para que esta pueda venderse según lo acordado, sin que la ley establezca un plazo para hacerlo, aunque este puede pactarse. Conforme al artículo 640.3, si el acuerdo no se cumple en los términos convenidos, el acreedor podrá pedir que se alce la suspensión de la ejecución y que se convoque la subasta. Y si, por el contrario, el convenio se cumple y con lo obtenido se satisface enteramente al ejecutante –de modo que se pague el principal y los intereses

sustancial de esta figura puede recogerse ahora en un convenio de realización, tal como dispone el artículo 640 LEC en su versión actual y veremos enseguida. Conforme al derogado artículo 641 LEC, para acudir a la venta del bien embargado por alguien especializado, debía pedirlo el ejecutante, o el ejecutado con el consentimiento del ejecutante, y había de aprobarlo –por diligencia de ordenación– el letrado de la administración de justicia. Así, se solicitaba a una persona o entidad, pública o privada, que fuera especialista y operase en el mercado específico de esta clase de bienes, que se ocupara de la enajenación forzosa, de ordinario a cambio de un precio o de un porcentaje de la venta. El problema era que la persona o entidad encargadas tenían que prestar *caución* para responder del cumplimiento del encargo, salvo que fuesen una entidad pública o un Colegio de Procuradores, los cuales estaban eximidos; requisito este que ya no se exige en el artículo 640 LEC. Además, la venta –que también debía ser aprobada por el letrado de administración de justicia, pero por decreto– tenía que producirse por un *precio mínimo*, equivalente al de las subastas judiciales de inmuebles, y este límite tampoco existe en el nuevo artículo 640 LEC, como diremos a continuación.



que se le deban, más las costas— el letrado de la administración de justicia archivará la ejecución. Pero, antes, *la enajenación debe ser aprobada* con un nuevo decreto, equivalente al decreto de adjudicación en las subastas judiciales. Y para que pueda aprobarse, han de cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 640.4: el adquirente debe conocer la situación registral de la vivienda que se deriva del certificado de dominio y cargas (del art. 656); son aplicables las normas legales sobre subsistencia de cargas anteriores a la del ejecutante (art. 670.5) y cancelación de las cargas posteriores (art. 674); no se establece un precio mínimo para la venta respecto del valor de salida (a diferencia de lo previsto en el art. 670), pero sí se requiere que conste el consentimiento expreso de los acreedores posteriores y terceros poseedores respecto de esta venta; han de respetarse las normas sobre distribución de las sumas recaudadas, inscripción de los bienes adquiridos y mandamiento de cancelación de cargas, propias de las subastas judiciales, y dispuestas respectivamente en los artículos 672, 673 y 674 LEC (como después veremos).

2.2 **Actuaciones y comunicaciones previas a la subasta de la vivienda habitual**

Como hemos dicho, tras el embargo de la vivienda habitual del ejecutado, se iniciarán las actuaciones preparatorias de la subasta judicial, sin necesidad de que las partes lo pidan, y a menos que estas soliciten un medio de realización forzosa distinto. La subasta judicial de una vivienda sigue las reglas establecidas para la subasta de inmuebles, dispuestas en la sección de la LEC integrada por los artículos 655 a 675, que a su vez tendrán como base los preceptos de la subasta de bienes muebles, artículos 643 a 654, para todo aquello que no tenga una regulación específica (cfr. art. 655).

2.2.1 **Vulnerabilidad económica del deudor y afección de la vivienda habitual**

La LDV, en su Disposición final quinta, modificó la LEC, introduciendo en ella varias actuaciones que tiene —o tenía— que efectuar o comprobar el órgano judicial antes de dar comienzo a la subasta, en aras de proteger al deudor vulnerable. El primer precepto que nos encontrábamos era el artículo 655 bis, relativo a los casos en que el bien objeto de subasta era la vivienda habitual del ejecutado. Este precepto disponía que cuando eso ocurría y el ejecutante fuese una empresa de vivienda o un «gran tenedor

de vivienda»⁽¹¹⁾, para que pudiera iniciarse la vía de apremio, era preciso que el actor acreditara, bien que no constaba la situación de vulnerabilidad económica del demandado, conforme a lo dispuesto en el artículo 655 bis.1, bien que, constando dicha situación, el acreedor había intentado poner remedio al conflicto que podía desembocar en la pérdida de la vivienda del deudor acudiendo previamente a un procedimiento extrajudicial, de conciliación o intermediación, establecido al efecto por las Administraciones Públicas, y según se ordenaba en el artículo 655 bis.2.

La regulación, de inicio, nos pareció innecesariamente compleja, además de voluntarista e inefectiva, pues el procedimiento que se exigía como requisito previo para poder abrir la vía de apremio no dejaba de ser un mecanismo autocompositivo, en el que la solución se hacía depender de la voluntad de acuerdo de las partes implicadas⁽¹²⁾; y si el acreedor ha llegado hasta el punto de formular demanda ejecutiva, instando el embargo de la vivienda del deudor, es de suponer que no ha encontrado antes otros modos de resolver la controversia.

Nótese que la acreditación que se requería en el artículo 655 bis LEC se exigía como requisito para poder dar comienzo a la vía de apremio o fase de realización forzosa. Tratándose de la ejecución ordinaria, estos extremos se habían podido acreditar desde el inicio, con la demanda ejecutiva; pero también podía hacerse con posterioridad, una vez que se constataste el embargo de la vivienda habitual del ejecutado. En cambio, en las normas de la ejecución hipotecaria, tales acreditaciones se configuraban como requisitos que condicionaban la admisión de la demanda (cfr. art. 685.2 LEC, también introducido por la LDV), pues en estos procesos no hay fase de embargo, sino que el bien –la vivienda– ya se encuentra identificado, localizado y afecto a la ejecución.

Sin embargo, estos preceptos han sido declarados inconstitucionales (de ahí que utilicemos el pretérito al referirnos a ellos), pues la STC 26/2025, de 29 de enero, ha resuelto que dichos requisitos condicionan el derecho a la tutela judicial efectiva, al suponer cargas desproporcionadas para el

(11) El artículo 655 bis.1 se remitía al artículo 439.6 b), ambos LEC, para la definición de qué ha de entenderse por «gran tenedor» de vivienda, pero este último a su vez se remite al artículo 3 k) LDV, que es donde se define tal concepto, como «la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros».

(12) En este sentido se pronuncia RUIZ-RICO ARIAS, M. D., (*ibidem*), quien critica el escaso alcance de las medidas de protección establecidas por la LDV con relación a la ejecución forzosa; y, en particular, «la medida del nuevo artículo 655 bis LEC no resulta tampoco especialmente beneficiosa para los sujetos en situación de vulnerabilidad económica, ya que lo único que se prevé es que se obligue a la acreedora a someterse a un procedimiento de conciliación o intermediación. Como es sabido, ese procedimiento no es de arbitraje, y por tanto no saldrá de él nada que no haya consentido la entidad financiera ejecutante, por lo que a la postre todo sigue en manos de esta última».

ejercicio de este derecho, por muy loable que pudiera ser el objetivo del legislador, de coadyuvar a encontrar una solución habitacional para las personas en situación de vulnerabilidad. El Tribunal Constitucional basa su argumentación en los requisitos de procedibilidad establecidos en los artículos 439.6 c) y 7 LEC, incorporados por la LDV y aplicables en los procesos declarativos. En particular, respecto al artículo 439.6 c), que exigía al demandante considerado gran tenedor acreditar la situación de vulnerabilidad económica del demandado, se concluye que esta exigencia suponía una restricción desproporcionada al acceso a la justicia. A raíz de esta valoración, el TC extiende también la declaración de inconstitucionalidad al artículo 439.7, que introducía como requisito de procedibilidad un intento de conciliación previo, al depender este de la validez del precepto previamente anulado. Finalmente, el TC amplía dichos motivos de inconstitucionalidad, *mutatis mutandi*, a los artículos 655 bis y 685.2 LEC, de la ejecución ordinaria, uno, y de la ejecución hipotecaria, el otro, pues, al fin y al cabo, eran idénticos a los previstos para el proceso declarativo.

2.2.2 **Certificación de dominio y cargas, y actuaciones con distintos sujetos relacionados con la vivienda**

Es conocido que buena parte de las actuaciones que son propias de la subasta de un inmueble tienen como punto de partida la *certificación de dominio y cargas*, regulada en el artículo 656 LEC y que el letrado de la administración de justicia solicitará de oficio al registrador de la propiedad; en ella figuran la titularidad de todos los derechos reales que existen sobre el bien, así como todas las cargas que lo gravan o, en caso contrario, que está libre de cargas. Las actuaciones posteriores del tribunal se efectuarán en función del contenido de esta certificación, que también podrá solicitar el procurador del ejecutante, una vez que se ha anotado el embargo y si está facultado por el letrado de la administración de justicia. La certificación de dominio y cargas se expedirá en formato electrónico y su expedición genera una nota marginal, para que quien consulte el Registro a partir de entonces sepa que sobre el bien recae un procedimiento de realización forzosa. Cualquier incidencia que afecte a la información que contiene la certificación expedida o que la modifique debe ser comunicada telemáticamente por el registrador al letrado de la administración de justicia, así como al Portal de Subastas.

En la misma resolución en que mande expedir la certificación de dominio y cargas, el letrado de la administración de justicia requerirá al ejecutado para que *aporte los títulos* de que disponga sobre la vivienda embargada, si esta se encuentra inscrita en el Registro (art. 663 LEC). Si el

ejecutado se resiste a proporcionar los títulos, el letrado le puede apremiar a que lo haga, u obtenerlos de los registros o archivos en que se encuentren, si fueran públicos, para lo que también podrá facultar al procurador del ejecutante (art. 664 LEC). De no lograrse los títulos de propiedad, el ejecutante podrá instar que la subasta se convoque sin que se supla esta falta, indicando tal circunstancia en el edicto que se publique anunciando la subasta (art. 665 LEC). Estas actuaciones, previstas en los artículos 663 a 665 LEC, tienen mucha importancia de cara a obtener un precio razonable por la vivienda en la subasta, ya que, si los posibles postores no tienen la seguridad de que podrán inscribir su compra porque no existe la documentación que acredite que adquieren el bien de quien es dueño, no concurrirán a la subasta o, si lo hacen, tenderán a ofrecer un precio muy por debajo del valor real del bien. Aun así, es frecuente en la práctica la subasta de inmuebles cuyos títulos de propiedad no están publicados en el Portal de Subastas. Y la deficiente información que acompaña a la celebración de subastas judiciales es una de las razones de la escasa afluencia de postores y de la baja cuantía de las ofertas.

La LEC prevé una serie de actuaciones que se efectuarán con personas que, por diferentes motivos, se encuentran en relación con la vivienda que va a ser subastada y que son distintas del acreedor y el deudor; se recogen en los artículos 657 a 662 y cabe sintetizarlas en las que siguen.

En primer lugar, si de la certificación de dominio y cargas resulta que la vivienda embargada está inscrita a nombre de *persona distinta del ejecutado*, el letrado de la administración de justicia alzarán el embargo, siempre que el titular registral no sea el causante por cuyas obligaciones se sigue la ejecución contra su heredero o no deba ser conceptuado como tercer poseedor (art. 658 LEC).

Si en la certificación se aprecia que existen *créditos anteriores y preferentes* al del ejecutante respecto de los que figura anotada una carga o gravamen sobre la vivienda objeto de subasta, el letrado de la administración de justicia se dirigirá a los titulares de estos créditos para que informen sobre la subsistencia, cuantía y condiciones de dichos créditos (art. 657 LEC). Esta petición resulta muy relevante para la fijación del precio de salida del bien, y ha sido objeto de reforma por la LOMEJ, como veremos enseguida.

Si existen *derechos posteriores* al del ejecutante, con cargas anotadas sobre la vivienda que se subasta al tiempo de expedir el certificado del artículo 656 LEC, el registrador, cuando lo expida, comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de tales derechos, para que sepan que se ha abierto un procedimiento de apremio sobre el bien y puedan ejercitar los derechos que les confiere la ley, como participar en el avalúo, o subrogarse

en la posición del ejecutante satisfaciendo antes del remate el importe total del crédito, intereses y costas del ejecutante (art. 659 LEC) ⁽¹³⁾.

En cambio, a los titulares de derechos que no solo sean posteriores al derecho del ejecutante sino que además estén anotados en el Registro con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas, no se les hará comunicación alguna, ya que, al inscribir su derecho, tendrán a la vista la certificación que se ha expedido (en la nota marginal a que alude el art. 656.2 LEC) y a través de ella conocerán la existencia del proceso de ejecución; pero sí podrán intervenir en el avalúo y en las actuaciones que les afectan, si acreditan su anotación ante el letrado de la administración de justicia (art. 659.2 LEC).

El artículo 661 LEC prevé que, si la vivienda está ocupada por *arrendatarios u ocupantes de hecho*, el letrado de la administración de justicia –o el procurador del ejecutante que lo solicite– les notificará la ejecución, con un plazo de diez días para que presenten los títulos que justifiquen su posición respecto del bien. El ejecutante, antes de que se anuncie la subasta, puede solicitar al tribunal que declare que los ocupantes no tienen derecho a permanecer en la vivienda después de la enajenación; para ello, se sustanciará una vista ante el juez, en la que los ocupantes tendrán que alegar y probar que tienen título suficiente para fundamentar la posesión de la vivienda. A la vista de los títulos aportados, el juez decidirá mediante auto irrecurrible si los ocupantes tienen derecho o no a continuar en ella una vez que se venda en la subasta; y en caso de que se estime que tienen tal derecho, quedarán a salvo las acciones que pueda ejercitar el futuro adquirente.

Del resultado de este incidente y de cuál sea en general la situación posesoria de la vivienda debe darse noticia en los distintos medios por los que se anuncie la subasta. Sin embargo, y a pesar de estas previsiones, que pretenden proporcionar conocimiento sobre la situación de la vivienda a los posibles postores y aumentar la seguridad y con ello las ofertas, la realidad es que en muchos casos la casilla relativa a la situación posesoria del bien en el Portal de Subastas está rellena con un lacónico «no consta» ⁽¹⁴⁾.

(13) Conforme al artículo 659.3 LEC, si un acreedor posterior al ejecutante satisface el crédito de este y se subroga en su posición, para que esta subrogación sea oponible a terceros, tendrá que inscribirse tanto al margen de la anotación del gravamen en que se subroga, como al margen de la anotación de su propio crédito; y para que procedan estas inscripciones, será preciso presentar en el Registro acta notarial de la entrega de las cantidades adeudadas al ejecutante, o bien el oportuno mandamiento del letrado de la administración de justicia encargado de la ejecución.

(14) Desde 2013, la LAU dispone que el contrato de arrendamiento de vivienda se extingue cuando el bien inmueble se enajena forzosamente como consecuencia de una ejecución hipotecaria o de una sentencia judicial; a menos que el derecho del arrendatario estuviese inscrito en el Registro con anterioridad al del ejecutante, en cuyo caso el arrendamiento continuará durante la duración pactada y anotada. Además, hay que tener en cuenta que la LAU contempla el derecho de adquisición

Por último, si tras la anotación del embargo o de la nota marginal sobre la expedición del certificado de dominio y cargas, y antes de que se apruebe el remate o de que se adjudique la vivienda en la subasta, el bien se transmite a un tercero, este adquirirá respecto del proceso de ejecución la condición de *tercer poseedor*, al que la ley concede los mismos medios de defensa que al ejecutado (cfr. art. 538.3 LEC). En este sentido, si el nuevo titular acredita ante el juzgado la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos y que se le dé traslado de las actuaciones, como a una parte más del proceso (art. 662 LEC)⁽¹⁵⁾. De este modo, la vivienda afecta a la ejecución ya no pertenecerá al ejecutado y en consecuencia no se aplicarán las reglas previstas para los casos de vivienda habitual del deudor.

2.2.3 **Avalúo, depuración de cargas y fijación del precio de salida**

Operación común y necesaria en los distintos modos de venta forzosa –y no sólo en la subasta– es el *avalúo*, con el que se trata de dar un valor económico al bien embargado y que sirve como punto de partida para las actuaciones propias de la enajenación forzosa. La regla general es que el bien tendrá el valor que acordasen las partes antes de iniciar la ejecución, o el que pacten pendiente el proceso (art. 637 LEC). Si no se produce tal acuerdo, el letrado de la administración de justicia nombrará un perito tasador, como tercero imparcial, con conocimiento sobre la valoración de viviendas y sin interés en el procedimiento (art. 638 LEC).

La tasación debe realizarse por el perito en ocho días desde que acepta el encargo, atendiendo al valor de mercado de la vivienda, y sin tener en cuenta –de inicio– las cargas y gravámenes que puedan pesar sobre ella, que se descontarán después por el letrado de la administración de justicia, según dispone el artículo 666 LEC y veremos a continuación. Pre-

preferente del arrendatario cuando se venda el inmueble arrendado. Y es doctrina clásica y estable de la DGRN –hoy día DGFPJSJ– que la subasta judicial se asimila a una venta, de modo que, para que el adquirente del bien pueda inscribir su nueva titularidad en el Registro, es necesario que al arrendatario se le hayan hecho las notificaciones previstas en la LAU a los efectos de que pueda ejercitar su derecho de adquisición preferente. Si el contrato de arrendamiento se inscribió en el Registro antes del derecho que se ejecuta, el arrendatario no solo podrá permanecer en el inmueble tras la subasta, sino que también le será posible ejercitar su derecho de retracto si no le fue ofrecida la adquisición preferente –antes de que celebre la subasta– en los términos previstos en la LAU.

(15) Entre el deudor y el tercer poseedor existe una notable diferencia, ya que el deudor responde con todo su patrimonio y, en cambio, el tercer poseedor solo responde con el bien que ha adquirido, afecto a la ejecución. Pero la ley quiere que tengan las mismas oportunidades defensivas y así se ratifica en la STC 208/2015, de 5 de octubre, que considera lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva denegar a un tercer poseedor la posibilidad de interponer un incidente de nulidad de actuaciones, al considerar que no era parte de proceso.

sentada la tasación ante el tribunal, y notificada a las partes, estas podrán formular alegaciones, así como aportar otras tasaciones, durante un plazo de cinco días; transcurrido el cual, el letrado de la administración de justicia decidirá sobre la valoración del bien mediante decreto, recurrible en revisión, conforme a las reglas generales (art. 639 LEC).

Así, en el avalúo deben poder intervenir no solo partes sino también los acreedores posteriores al ejecutante, a los que se permitirá hacer alegaciones sobre la tasación presentada y aportar otras distintas (art. 639.4 LEC), pues sin duda tienen interés en que se fije un precio adecuado para la vivienda, puesto que solo cobrarán su crédito con cargo a dicho bien si queda remanente tras la aprobación del remate, como después diremos (cfr. art. 672 LEC)⁽¹⁶⁾.

Efectuado el avalúo, del que resulta un *valor de tasación*, no puede desconocerse que, tratándose de bienes inmuebles como es la vivienda habitual, su valor real varía mucho en función de las cargas y gravámenes que pesen sobre el bien. Por ello, la LEC establece que el letrado de la administración de justicia debe *deducir*, del valor de tasación, el importe de *todas las cargas anteriores* a la anotación de embargo del ejecutante que consten en el Registro, a fin de fijar el precio de salida o *valor de subasta* (art. 666).

Es sabido que los derechos reales y actos jurídicos relativos a bienes inmuebles que tienen acceso al Registro se rigen, en caso de conflicto entre ellos, por el principio de *prioridad registral*. Así, el ejecutante puede obtener en su proceso de ejecución la venta de un bien que tiene cargas anteriores a la suya; pero estas cargas, por el hecho de ser anteriores –en el sentido de haberse inscrito con anterioridad a la suya, puesto que la fecha que marca la prelación es la de inscripción, y no la del hecho, acto o negocio que haya dado lugar a la misma–, tienen derecho a obtener la satisfacción sobre el bien antes que la carga del ejecutante. El modo de hacer efectivo este derecho es transmitiendo el bien en la subasta con la carga preferente a la del ejecutante, que por tanto se conservará y será asumida por el adquirente (*sistema de conservación de cargas preferentes*); pero el bien, en tanto que aún responde de esta carga previa, tendrá un valor económico menor, y esto se traduce –como decimos– en que, a la hora de fijar el precio de salida, debe restarse la carga anterior del valor de mercado del bien. El principio de prioridad registral es complementario con el de *publicidad registral*; el eje-

(16) Aunque el artículo 639.4 LEC alude a la intervención de acreedores posteriores únicamente en las tasaciones periciales, la doctrina apunta que también habría que darles vista del avalúo y la oportunidad de intervenir cuando este se efectúa por acuerdo de las partes. Si la carga del ejecutante es una hipoteca, no habrá problema, porque el acreedor posterior habrá visto en el Registro –al inscribir su crédito– la tasación del bien; pero si la carga del ejecutante es de otro tipo, y pacta con el ejecutado la tasación del bien, parece oportuno que el acreedor posterior tenga también entonces la opción de impugnar la tasación pactada.



cutante, al inscribir la carga en virtud de la que se ejecuta, conocía la existencia de cargas anteriores y tomó sus decisiones contando con ellas.

Para realizar esta actuación, el letrado de la administración de justicia practicará de oficio la operación conocida como *depuración de cargas anteriores*, es decir, se dirigirá a los titulares de cargas anotadas con anterioridad a la del ejecutante, así como al ejecutado, para que informen sobre la vigencia y estado de dichas cargas, es decir, para conocer si están extinguidas –y no se ha cancelado la inscripción correspondiente– o si están aminoradas –porque se han ido satisfaciendo principal e intereses– y en cuánto. Conforme al artículo 657 LEC, reformado en 2025:

– En caso de que el crédito se hubiera satisfecho íntegramente en virtud de subrogación, el pagador ha de identificarse e informar del estado actual de su crédito (así se dispone con novedad en el art. 657.1).

– Si hay conformidad entre los acreedores anteriores y el ejecutado, y el ejecutante lo pide, el letrado de la administración de justicia expedirá un mandamiento al registrador para que adecue el Registro al estado real de las cargas (art. 657.2) ⁽¹⁷⁾.

– Si acreedores y ejecutado difieren sobre la existencia y cuantía del crédito, son convocados a una vista ante el tribunal, que resolverá mediante auto irrecurrible. Y hay que entender que esta resolución se dictará –aunque se señale en el precepto– a los solos efectos de la ejecución (art. 657.2).

– Si los sujetos requeridos no contestan en diez días, el letrado de la administración de justicia podrá reiterar el requerimiento, con el apercibimiento de que, si no informan, les puede imponer las multas previstas en los artículos 589 y 591 LEC (art. 657.3). Esta medida es igualmente novedosa y no sabemos si en la práctica resultará efectiva. Ha sustituido a la previsión anterior, en virtud de la cual, ante la falta de respuesta, se entendía que la carga se encontraba actualizada en los términos que se dispusiese en el título preferente; lo cual era muy arriesgado, aunque se hiciera únicamente «*a los solos efectos de la ejecución*» (y aquí sí se decía de forma expresa), ya que el adjudicatario de la vivienda en la subasta responde con el bien por el valor real de las cargas, que puede ser distinto del calculado por el letrado responsable de la ejecución, de modo que la compra tenía un factor de incertidumbre, nada bueno para el éxito

(17) En la práctica, esta operación no es sencilla, puesto que implica modificar una anotación registral como consecuencia de un proceso de ejecución en el que no es parte el acreedor al que beneficia tal inscripción. Es frecuente, por tanto, que los registradores denieguen la rectificación prevista en el mandamiento judicial, salvo que estén documentados con claridad el consentimiento del acreedor y la representación que ostenta quien lo otorga, caso de ser el acreedor persona jurídica.

de la subasta. No obstante, tras la reforma legal, el artículo 657.3 LEC no indica qué cuantía del crédito preferente se toma como referencia a la hora de descontarlo del valor de tasación, si, pese a las intimaciones, sigue sin haber respuesta⁽¹⁸⁾.

Una vez efectuada esta depuración de las cargas, la vivienda saldrá a subasta por el valor que resulte de deducir de su avalúo el importe de todas las cargas anteriores y preferentes a la del ejecutante, de las que el bien sigue respondiendo (art. 666.1 LEC). Si el valor de tales cargas supera al de la vivienda, o el valor de esta es tan bajo que ni siquiera se cubrirían los gastos de la subasta, el letrado de la administración de justicia suspenderá la ejecución sobre el bien a la espera de que aumente su valor económico o que disminuya el de las cargas (art. 666.2 LEC). Y aunque la ejecución sobre la vivienda se encuentre suspendida, este bien continuará embargado y el ejecutante tendrá que estar atento a la prórroga de la anotación preventiva.

2.3 Procedimiento de subasta y adjudicación de la vivienda habitual del deudor

2.3.1 Primeras actuaciones de la subasta

La subasta *se convocará y se anunciará* a través de las publicaciones electrónicas previstas para la subasta de bienes muebles (arts. 644-646 LEC), a las que remiten los artículos 667.1 y 668.1 LEC; aunque, tras la reforma efectuada por la LOMEJ, al ejecutado no personado se le debe comunicar por remisión del artículo 155 LEC dicha convocatoria, sin que sea suficiente la publicación en el BOE, como sucedía hasta la fecha (art. 644 III LEC).

No obstante, lo relevante es la información que figure en el *Portal de Subastas*, alojado en la página web del BOE. En este sentido, cuando se

(18) La realidad es que el éxito de esta compleja operación es difícil de alcanzar, pues requiere de la intervención de muchos sujetos –acreedores anteriores, ejecutado, ejecutante– y algunos de ellos pueden no estar interesados en ella, como el ejecutado, que rara vez participa en los procesos de ejecución, o el ejecutante, que tiene que invertir más tiempo y dinero en la actualización del Registro, actualización que puede provocarle además los problemas reseñados. El resultado es, de nuevo, que nuestro sistema resulta muy poco fiable en cuanto a la situación del bien, ya sea posesoria, económica o de estado material; y como consecuencia es muy poco apto para obtener un precio razonable sobre el bien que satisfaga el crédito del ejecutante y que permita al ejecutado recuperar el valor económico que le corresponda. Por ello, es habitual en la práctica que las entidades acreedoras no insten la ejecución de viviendas que tengan cargas anteriores a la que pretenden ejecutar, salvo que estas se encuentren vencidas por plazo y previa verificación de su cancelación económica, o que dichas cargas anteriores sean de muy pequeño importe ya en origen y el valor del bien muy superior a ellas.

subasta una vivienda, el Registro de la Propiedad que corresponda elaborará una información electrónica sobre la finca, que ha de estar disponible y actualizada en el Portal de Subastas durante el tiempo en que dure el procedimiento (art. 667.2 LEC). Sobre cada finca debería constar en principio la siguiente *información* (conforme al art. 668.2 y 3 LEC): la identificación de la finca, sus datos registrales –incluido el código registral único– y la referencia catastral; la certificación de dominio y cargas; la depuración o minoración de cargas; la situación posesoria; si se puede visitar el inmueble, y toda la información gráfica y urbanística de que se disponga. Sin embargo, en la práctica, la información que figura de cada subasta es muy desigual y con frecuencia se omiten algunos de los datos –o de los enlaces– que vendrían exigidos legalmente.

En el edicto de la subasta, que también se publica en el Portal, *se advertirá de varios extremos*: de que, por el hecho de participar en ella, todo postor conoce y consiente sus condiciones, acepta como bastantes los datos de titulación del bien que existen y asume las consecuencias de que sus pujas no superen los porcentajes del tipo de la subasta establecidos en el artículo 670; además, de adquirir el bien, admite subrogarse en la posición del deudor respecto de las cargas preferentes a las del ejecutante; y queda informado de que el plazo que el ejecutado tiene para presentar a otra persona que mejore el precio resultante de la subasta comenzará a contar desde la fecha de su cierre en el Portal, sin necesidad de notificación específica (art. 668.2 II LEC).

Para ser licitador y participar en la subasta, es preciso identificarse en el Portal de subastas (art. 647.1 LEC), así como realizar a través de él un *depósito* equivalente al 20% del precio de salida fijado conforme al artículo 666, según la última reforma del artículo 669.1 LEC; aunque el letrado de la administración de justicia está facultado para moderar esa cifra, en atención a las circunstancias de la subasta. El *ejecutante* podrá participar en la subasta y hacer pujas, sin tener que pagar depósito; es más, comoquiera que la LOMEJ ha suprimido la adjudicación en pago, que antes contemplaban los artículos 670 y 671 LEC para varios supuestos, resulta que, si aspira a cobrar su crédito quedándose con la vivienda en pago, tendrá necesariamente que intervenir en la subasta y formular posturas, puesto que, una vez finalizada la subasta, no podrá elevar el precio final ofrecido por el mejor postor (art. 647.2 LEC).

Durante la celebración de la subasta, los interesados podrán solicitar al tribunal la *visita del inmueble* con el fin de inspeccionarlo, lo que se comunicará a quien lo posea, para que lo autorice. Si el poseedor de la finca lo facilita, el deudor podrá obtener una reducción de la deuda de

hasta el 2 % del valor de adjudicación del bien, que fijará el tribunal según las circunstancias y previa audiencia del ejecutante (art. 669.3 LEC) ⁽¹⁹⁾.

2.3.2 *Aprobación del remate en caso de vivienda habitual del deudor*

Como es sabido, la subasta se celebrará *online*, estando abierta en el Portal de Subastas durante veinte días naturales, en los que se podrán hacer *pujas*, que desde la reforma de 2025 serán *secretas*, es decir, cada postor no sabrá qué posturas hacen los demás; al acabar el plazo, el Portal sólo publicará el importe del mejor precio ofrecido, o que la subasta ha concluido sin pujas (cfr. art. 648 LEC).

Al día siguiente de que se cierre la subasta, el letrado de la administración de justicia *aprobará el remate* a favor del mejor postor, mediante decreto, siempre que la puja más alta se adecue a lo dispuesto en el artículo 670 LEC. Según este precepto, unido también al artículo 671 LEC, pueden suceder los siguientes escenarios:

a) Si la mejor postura es *igual o superior al 70 %* del precio de salida, se aprobará el remate a su favor; y el rematante tendrá entonces veinte días de plazo, a contar desde la fecha de cierre, para consignar la diferencia entre el precio aprobado y lo que depositó previamente (art. 670.1).

b) Si quien hiciese la mejor postura indicada (igual o superior al 70 % del precio de salida) *fuera el ejecutante*, se procederá a liquidar la cuantía total que se le debe por principal, intereses y costas, para que consigne la diferencia, cuando el precio ofrecido por él fuera superior a todo lo que se le adeuda; en cambio, si la deuda supera el precio del remate, se le adjudicará la vivienda subastada, pero la ejecución habrá de continuar, buscando otros bienes distintos para su realización forzosa (art. 670.2).

c) Cuando la mejor postura no alcance la cifra señalada, se abre –automáticamente– un plazo de diez para que el ejecutado *busque a alguien* que asuma la compra del bien subastado por un precio de los que resultan legalmente admisibles. Con carácter general, si el inmueble subastado no es la vivienda habitual del deudor, el artículo 670.3 permite (cfr. párrafos I y II) que el precio ofrecido por este tercero sea igual o superior al 60 % del valor de salida o, siendo inferior, cubra al menos toda la deuda. Sin embargo, cuando se trata de la *vivienda habitual* del deudor, el legislador de la LOMEJ ha querido (cfr. párrafo VI del mismo art. 670.3) que

(19) Se trata de una actuación posible pero no preceptiva y que apenas se realiza, ya que, para empezar, requeriría que estuviese aclarada la situación posesoria de la finca, y muchas veces no lo está, como se ha explicado; lo cual también provoca que se aleje de las subastas judiciales a compradores no profesionales.

nunca pueda aprobarse el remate por un precio que no alcance *al menos el 70 %* del valor de salida, o que sirva para *satisfacer la deuda* completa, pero siendo esta al menos equivalente al 60 % del precio de salida. Por tanto, este *límite* aparece como infranqueable en los casos en que el deudor vaya a perder su vivienda, y con ello se pone fin a una larga controversia, sostenida entre órganos judiciales y registradores, acerca de cómo debían interpretarse algunos supuestos de los anteriores artículos 670 y 671 LEC⁽²⁰⁾. Es clara la finalidad tuitiva del deudor que tiene esta norma, en consonancia con lo que había sido reclamado, no sólo por las resoluciones de la DGRN (o DGFPSJ) en la polémica anterior, que ahora huelga relatar, sino también por algunos autores, que habían propuesto que el precio de adjudicación de una vivienda habitual fuese lo más cercano posible a su valor de tasación o de mercado⁽²¹⁾.

d) Cuando la mejor postura haya sido la del ejecutante y no cumpla esos mínimos (de alcanzar el 70 % del precio de salida o de cubrir la deuda completa siendo esta igual o superior al 60 % de dicho precio), el mismo artículo 670.3 VI establece algo novedoso, y es que se apruebe el remate de la vivienda precisamente por esas cantidades: *«por el 70 por 100 del valor de subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos si fuera inferior a ese porcentaje, con un mínimo del 60 por 100 de su valor de subasta»*. De modo que siempre que el ejecutante participe en la subasta de una vivienda habitual debe contar con que su puja, si es la única o la más alta, puede acabar traducándose en una suerte de adjudicación en pago por ese precio.

e) Si no hay pujas o ninguna alcanza los valores señalados, la subasta quedará *desierta*. Y en caso de subasta desierta, el artículo 671 indica que

(20) Sobre esta controversia, cfr. SÁNCHEZ LÓPEZ, B., *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, La Ley, 2019, pp. 438 y ss. Y pese a que esta polémica fue en parte solucionada por la STS 866/2021, de 15 de diciembre, a cuya lectura también remitimos, hacía falta una clarificación legal sobre la cuestión, que ha venido dada por la LOMEJ.

(21) Así, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. afirmaba en 2021 (ob. cit., pp. 29-30): «Según nuestro criterio, un sistema procesal razonable debe en todo caso, independientemente de quién sea el adjudicatario, exigir que la vivienda habitual se enajene por un valor más próximo al de tasación que cualquier otro inmueble. Téngase en cuenta, además, que, tratándose de la ejecución dineraria ordinaria, la tasación es actual –a diferencia de lo que puede acontecer en la ejecución hipotecaria– y se han descontado del valor de mercado las cargas y gravámenes que, por ser anteriores, subsisten tras la realización del bien. El objetivo, en consecuencia, debiera ser la obtención en la subasta de posturas cercanas al valor de tasación. Y, en defecto de tales posturas, la posibilidad de adjudicación del acreedor ejecutante tampoco debiera situarse significativamente por debajo de dicho valor». Incluso, RUIZ-RICO ARIAS, M. D. (ob. cit.) proponía en 2023: «creemos que una futura reforma legal debería establecer ese 70 % del valor de tasación como tope máximo infranqueable cuando estemos ante una vivienda habitual objeto de ejecución (hipotecaria u ordinaria). Es más, ese tope del 70 % puede resultar escaso, y quizás debería subir algo más, y fijarse en el 80 por ciento, para coordinarlo con lo dispuesto en el antes citado artículo 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que toma como referencia ese 80 por ciento», en referencia a la norma reguladora del mercado hipotecario que permite a las entidades financieras ampliar la hipoteca, si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20 %».

el ejecutado podrá pedir que se alce el embargo del bien. No obstante, se ofrece al ejecutado una última posibilidad de que busque a una persona dispuesta a pagar por él al menos el 50 % del precio de salida, o la cantidad equivalente a la deuda completa, sin que pueda ser inferior al 40 % del valor de subasta. También podrá acordar con el ejecutante que se subaste de nuevo el bien, o que se acuda entonces a otras formas de realización. Este precepto es igualmente fruto de la LOMEJ, y en él no se distingue según la clase de inmuebles, por lo que cabe la duda de si resulta aplicable a viviendas habituales: por un lado, parece que no, ya que contiene como valores mínimos para la enajenación las posturas últimas admisibles en caso de vivienda no habitual, según el artículo 670.3 IV; pero, por otro lado, al requerirse en todo caso que el ejecutado pida y quiera esas soluciones, podría pensarse en admitirlas si entiende que le interesa tratar de vender su vivienda habitual en esas condiciones.

Aprobado el remate en los casos legalmente admisibles y señalados, el rematante tendrá que abonar el precio, descontando la cantidad que ya depositó, para lo cual tiene veinte días, tratándose de bienes inmuebles. Si no lo hace, perderá su depósito y se pasará a aprobar el remate a favor del siguiente mejor postor que haya hecho la llamada «reserva de postura», es decir, que haya mantenido su depósito para ver si se completaba el precio en efecto por quien había ofrecido más que él. Si este segundo mejor postor tampoco completa el precio que ofreció, perderá su depósito igualmente, pero ya no se pasará al siguiente, sino que se entenderá que *la subasta ha quebrado*, y tendrá que repetirse, salvo que con los depósitos, que se destinan al fin de la ejecución, se satisficiera enteramente al ejecutante.

2.3.3 *Adjudicación, pago y entrega de la vivienda habitual del deudor*

Una vez consignado el precio debido por el rematante, el letrado de la administración de justicia dictará *decreto de adjudicación*, en el que expresará los datos sobre el remate, el precio consignado, así como todas las circunstancias que sean necesarias para la inscripción registral de la vivienda a nombre del nuevo titular conforme a la legislación hipotecaria (art. 670.8 LEC).

Para el orden de los pagos con el dinero que se obtenga, el artículo 672 LEC se remite al artículo 654 LEC, de manera que:

1.º) En primer lugar hay que pagar el *crédito completo del ejecutante*, incluida la liquidación de los intereses y las costas.



Para las costas, habrá que tener en cuenta el límite que establece el artículo 575.1 bis LEC, según el cual: «*en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva*». Esta norma ha provocado muchas dudas en cuanto a su alcance, ya que aparece ubicada en el precepto relativo a la determinación de la cuantía de la demanda ejecutiva, y se sitúa después de que se señale que, además del principal y de los intereses vencidos, puede reclamarse una cantidad por los intereses no vencidos y por las costas, que llegue hasta el 30 % de la cuantía que sume lo anterior. No tiene sentido que el límite del 5 % del apartado bis actúe sobre la cuantía resultante de aplicar el referido 30 % para la parte no vencida y solo aproximada –y que también incluye las costas–⁽²²⁾; sino que, a nuestro juicio, y a pesar de su ubicación, parece más bien una disposición que debe aplicarse en el momento de efectuar la liquidación final de la deuda, esto es, al calcular la cuantía que debe pagarse con el dinero obtenido tras el remate y de cara a cumplir con lo previsto en el artículo 672 LEC. Por tanto, pensamos que es en esta liquidación cuando el concepto de costas no podrá superar el 5 % de lo que sumen los otros dos conceptos, es decir, el principal no satisfecho y los intereses ya vencidos en ese momento final⁽²³⁾.

2.º) Después, si queda dinero, se satisfarán los *créditos de acreedores posteriores*, a los que se dará un plazo –de treinta días– a fin de que acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten una liquidación de estos; de lo cual se dará traslado a las partes para que aleguen y prueben lo que convenga a su derecho, y sobre ello resolverá el letrado de la administración de justicia mediante decreto. Este decreto se dictará a los solos efectos del reparto, y los acreedores posteriores conservan las acciones que puedan corresponder para hacer valer sus derechos (art. 672.2 LEC)⁽²⁴⁾.

Por el contrario, si el dinero obtenido en la subasta no alcanza para satisfacer los créditos posteriores al del ejecutante, se procederá a *cancelar* la anotación de los embargos relativos a estos créditos, a instancia del adquirente, que adquirirá la vivienda subastada asumiendo las cargas anteriores y preferentes a las del ejecutante que graven el bien (y para ello se habrá hecho la depuración de cargas al fijar el precio de salida, según se ha visto), pero libre de las cargas posteriores, conforme al artículo 674 LEC.

(22) Así lo manifiesta GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: ob. cit., p. 32.

(23) En una línea similar, cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: ob. cit., p. 33.

(24) El inciso final del artículo 662.2 LEC señala que «*El decreto será recurrible solo en reposición y estarán legitimados para su interposición los terceros acreedores que hubieren presentado liquidación*». Sin embargo, tras la reforma operada por el RD Ley 6/2023 en el artículo 454 bis.1 LEC, heredera en este punto de lo sentado por la STC 15/2020, de 28 de enero, contra la resolución de la reposición procederá recurso de revisión, ya que no puede haber decisiones de los letrados de la administración de justicia que escapen del control de jueces y magistrados.

3.º) Finalmente, si con el producto logrado en la ejecución puede pagarse al acreedor ejecutante y a los acreedores posteriores, y aún hay *remanente*, este se entregará al ejecutado –o al tercer poseedor que fue el titular del inmueble adjudicado–.

La doctrina y la jurisprudencia entienden que el decreto de adjudicación es el *título*, y que el testimonio de tal decreto equivale a la escritura pública y, por tanto, a la entrega o *traditio* del inmueble, de modo que cuando se expide este testimonio, que es el que sirve para la inscripción del bien en el Registro (art. 673 LEC), es el momento en que puede entenderse consumada la transmisión de la vivienda.

El planteamiento anterior queda claro en la STS 414/2015, de 14 de julio, en la que se afirma: «En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la transmisión instrumental a que se refiere el artículo 1.462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar la escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre –y que ha pasado a ser el art. 673 tras la reforma de la LEC operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio–), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil».

Es posible que el registrador deniegue la inscripción del decreto de adjudicación, considerando que se ha producido en el proceso de ejecución alguna de las infracciones que la LH le permite controlar. El artículo 324 LH prevé la posibilidad de impugnar ante la DGRN (hoy DGS-JFP) la calificación negativa del registrador, y también la de interponer recurso directo contra ella ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia en que radica la vivienda, mediante un procedimiento que sigue los cauces del juicio verbal, con las particularidades previstas en los artículos 325 a 328 LH.

Tras la subasta y la adjudicación de la vivienda, el adquirente tiene derecho a que se le ponga *en posesión* de ella, si no está ocupada; y también si lo está por el propio ejecutado, como es lógico, o por personas respecto de las que se declaró que no tienen derecho a permanecer en el inmueble después de la subasta, según lo dispuesto en el artículo 661.2 LEC, en cuyo caso el letrado de la administración de justicia acordará el



lanzamiento. Si el ejecutante no instó esa declaración antes de la subasta, el adquirente tiene un año –desde la adquisición– para solicitarla ante el tribunal de la ejecución, pidiendo además que se acuerde el lanzamiento si el resultado de la declaración es que los ocupantes carecen de justo título. En estos casos, se citará a los ocupantes a una vista ante el tribunal, que resolverá mediante auto irrecurrible sobre el título y el lanzamiento, y que acordará el lanzamiento si los ocupantes citados no comparecen a la vista. Transcurrido el año desde la adquisición, el nuevo titular tendrá que hacer dichas peticiones por medio del proceso y ante el tribunal que correspondan. Los ocupantes pueden ejercitar sus derechos en todo caso en el proceso que corresponda (art. 675 LEC).

La entrega de la posesión efectiva de la vivienda se regula en el artículo 704 LEC, en sede de ejecución no dineraria. Además, debe tenerse en cuenta que las disposiciones recién referidas del artículo 675 LEC sufren sus alteraciones cuando se trata de una ejecución hipotecaria. Como veremos en el epígrafe 3, por un lado, si quien pierde su vivienda habitual es un deudor hipotecario, en los casos en que se halle en una situación de especial vulnerabilidad económica y en las circunstancias previstas en el artículo 1 LPDH y así lo acredite, tendrá derecho a solicitar la *suspensión del lanzamiento*. Por otro lado, tratándose igualmente de supuestos en los que el deudor hipotecario ha perdido su vivienda habitual a través de la subasta, existe una doctrina jurisprudencial del TS en virtud de la cual el *procedimiento adecuado para solicitar el lanzamiento* por el acreedor hipotecario que haya sido adjudicatario de dicha vivienda ha de ser el propio proceso de ejecución, aunque haya pasado más de un año desde la adquisición; sin que puede ser el desahucio por precario, que en cambio sí será el cauce idóneo para los adquirentes que no hayan sido parte en el proceso anterior, ni tengan relación alguna con el acreedor, como también veremos.

3. LA REALIZACIÓN FORZOSA DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La vivienda habitual del deudor puede constituir la garantía de un préstamo o crédito hipotecario. En estos casos, la ejecución seguirá las reglas dispuestas en los artículos 681 a 698 LEC, que no regulan un proceso de ejecución especial en sentido estricto, pues estas normas contienen previsiones específicas para actuaciones determinadas del proceso de ejecución, aunque sean numerosas y sobresalientes, pero no un proceso de ejecución completo y especial, sometido a principios procesales distintos. El proceso de ejecución sobre una garantía hipotecaria sigue, por

tanto, las disposiciones relativas a la ejecución de condenas dinerarias, con las especialidades descritas en el capítulo propio de la ejecución sobre bienes hipotecados; y, entre ellas, por ejemplo, no hay ninguna relativa a la celebración de la subasta, de suerte que la llamada *ejecución hipotecaria* no es sino un proceso ordinario con especialidades. Emplearemos así esta denominación en un sentido coloquial y no técnico, como referencia al resultado de proyectar sobre el proceso de ejecución ordinario el conjunto de especialidades previsto por la LEC para los casos en que se pretende la exacción forzosa de una obligación dineraria garantizada con hipoteca.

En cuanto a la fase de realización forzosa, el legislador no ha introducido muchas particularidades en la ejecución hipotecaria, pero sí algunas, que afectan a la vivienda habitual del deudor cuando es el bien que se ejecuta, y que analizaremos a continuación. Después nos referiremos –aunque sea brevemente– a las normas de protección de los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual como resultado de dicha realización forzosa.

3.1 **Especialidades de la realización forzosa de la vivienda habitual dada en garantía**

3.1.1 *Actuaciones previas a la realización forzosa de la vivienda hipotecada*

En primer lugar, comenzando con las actuaciones procesales que son anteriores a la realización forzosa, la LEC hace previsiones específicas para la ejecución hipotecaria sobre tres de ellas. La primera, sobre la *certificación de dominio y cargas* (art. 688). Al despacharse la ejecución, el letrado de la administración de justicia solicitará del registro la certificación de dominio y cargas que regula para el proceso ordinario de ejecución el artículo 656 LEC. Además del contenido que se especifica en el apartado primero de esta norma para todo proceso de ejecución, el artículo 688.1 LEC ordena que, en caso de la ejecución hipotecaria, la certificación comprenda la inserción literal de la hipoteca, de manera que el letrado de la administración de justicia pueda comprobar que se encuentra subsistente y sin cancelar; si no fuere así, debe dictar decreto de archivo del proceso de ejecución, como prevé el artículo 688.3 LEC. La expedición de la certificación de dominio y cargas, como se ha dicho, se hace constar en el registro mediante nota marginal, anotación que sirve de información de que ha sido despachada ejecución respecto de la vivienda; en el caso de la ejecución hipotecaria, el segundo inciso del artículo 688.2



LEC atribuye además a la anotación de la expedición de la certificación de dominio y cargas la función de impedir la cancelación de la hipoteca por cualquier motivo diferente del proceso de ejecución.

La segunda previsión de actuaciones previas a la realización de los bienes hipotecados se refiere a la *comunicación del proceso de ejecución al titular inscrito y a acreedores posteriores* (art. 689 LEC). Puesto que mediante la ejecución hipotecaria se ejercita una acción real, una acción que se dirige contra un bien, la condición de ejecutado corresponde, no solo al deudor de la obligación garantizada, sino también al titular de la vivienda que sirve como garantía, de manera que se debe haber despachado ejecución frente a ambos. Si, por cualquier razón, con la expedición de la certificación de dominio y cargas se comprueba que no ha sucedido así y que el titular inscrito de la vivienda no tiene la condición de ejecutado, el letrado de la administración de justicia le comunicará la existencia del proceso de ejecución para que tome la decisión que más convenga a sus intereses, sea ésta intervenir en la ejecución conforme a lo previsto para el tercer poseedor (cfr. art. 662.1 LEC), sea liberar el bien de su carga satisfaciendo el importe del crédito hasta el límite de la garantía, como prevé el artículo 689.1 LEC. Por su lado, conforme al apartado 2 del mismo precepto, también debe notificarse la existencia del proceso a los acreedores que tengan inscrita a su favor una carga sobre la vivienda que sea posterior a la del acreedor hipotecario, siguiendo las reglas generales del artículo 659 LEC, a las que ya nos hemos referido supra.

Y la tercera previsión es relativa a la *administración interina del bien hipotecado* (art. 690 LEC), por la que se permite al ejecutante satisfacer su crédito con los frutos del bien dado en garantía, constituyéndose en administrador interino, a fin de resarcirse de la deuda sin tener que vender forzosamente el bien. Pero este modo alternativo de realización es muy poco frecuente en la práctica y no tiene sentido cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual del deudor.

3.1.2 *Realización forzosa de la vivienda hipotecada y pago*

El artículo 691 LEC se remite expresamente al proceso ordinario de ejecución para las actuaciones relativas a la realización forzosa del bien, ya se produzca esta mediante subasta, ya sea mediante convenio o a través de persona o entidad especializada (cfr. apartados 2, 4 y 6 de esta norma); y establece como particularidad que a la subasta del bien hipotecado sólo se procederá si lo solicitan cualquiera de los que integran las partes activa y pasiva del proceso, a partir de los veinte días siguientes al requerimiento de pago o a las notificaciones del auto de despacho, por lo que no se inicia

de oficio. Una vez iniciada la *subasta* de la vivienda hipotecada, se aplican las normas de la LEC para la subasta de bienes inmuebles.

Tras la realización forzosa de la vivienda sometida a la ejecución hipotecaria, *se paga al acreedor* ejecutante con lo obtenido. Sin embargo, la regla general no es que se le resarce por completo de su crédito, porque la ejecución no se ha dirigido contra el patrimonio del deudor, obligado por entero al pago de sus deudas, sino contra un bien determinado, que se constituyó como garantía de una cantidad concreta. Como consecuencia, al acreedor ejecutante se le pagará por principal, intereses y costas hasta el límite por el que el bien realizado respondiera por cada uno de esos conceptos, como prevé el artículo 692.1 LEC. Con ello, puede suceder que el ejecutante quede completamente satisfecho de su crédito, o que no suceda así.

Si después de pagar al ejecutante lo que le corresponde en función de la garantía quedase *remanente*, el destino de este dinero varía dependiendo de si sobre la vivienda pesan o no cargas posteriores a la del ejecutante. De este modo:

- Si la vivienda estaba gravada con otras cargas anotadas, se satisfarán por el orden en que están inscritas y hasta el límite en que el bien respondiera por cada una de ellas (art. 692.1 I LEC).

- Si no hubiera otras cargas inscritas, o si todavía sobrara dinero después de satisfacerlas, y el crédito del ejecutante no se hubiera reintegrado por completo, se satisfará éste, siempre que el deudor fuese el titular del bien realizado, porque este otro pago ya excede del límite de la garantía, de modo que de él no responde el bien porque esté hipotecado, sino porque forma parte del patrimonio del deudor, que responde íntegramente de todas las deudas que pesen sobre él (art. 692.1 II LEC).

- Si aún quedase dinero tras satisfacer todas las cargas inscritas y el crédito del ejecutante completamente, será devuelto al deudor ejecutado, salvo que en otro proceso de ejecución contra el ejecutado se haya embargado el sobrante o haya que retenerlo a disposición del tribunal de un proceso concursal (art. 692.1 y 2 II LEC).

Es posible que el deudor ejecutado tenga acreedores con un derecho no inscrito sobre el bien que se ha realizado, que se consideren legitimados para cobrar su crédito después de los inscritos, eso sí, pero antes de que el acreedor ejecutante perciba la parte no garantizada de su crédito (opción segunda de las mencionadas) o de que se devuelva el remanente al ejecutado (opción tercera). El artículo 692.2 LEC pone a disposición de estos acreedores el incidente regulado en el artículo 672.2 LEC, de manera que tendrán que dirigirse al letrado de la administración de justicia,

acreditando la subsistencia y exigibilidad de sus créditos, para que este resuelva, a los solos efectos de la ejecución, sobre el orden en que deben ser satisfechos.

Por otro lado, si no se satisface enteramente al ejecutante a través de la ejecución hipotecaria, bien porque la cantidad garantizada es inferior a la deuda, de modo que el ejecutante solo cobra hasta el límite de la garantía y el resto se agota pagando a otros acreedores inscritos, bien porque lo obtenido con la realización forzosa no es suficiente para cubrir la deuda en virtud de la que se ejecuta, el artículo 579.1 LEC prevé la posibilidad de que el acreedor no satisfecho con la ejecución hipotecaria pida el despacho de una ejecución ordinaria posterior por la cantidad pendiente de pago, para poder así trabar otros bienes del deudor o dirigir la ejecución contra avalistas y fiadores, excluidos de la ejecución hipotecaria. El artículo 579.2 LEC establece, no obstante, una serie de beneficios al deudor que padece esta ejecución posterior y que ha perdido su vivienda habitual en la ejecución hipotecaria, y que veremos un poco más adelante.

Finalizada el proceso de ejecución hipotecaria, e independientemente de que el acreedor inste o no la ejecución ordinaria si quedan cantidades pendientes, el adquirente de la vivienda hipotecada puede –y si quiere proteger bien sus derechos, debe– solicitar del letrado de la administración de justicia que expida mandamiento al registrador para que se cancelen la inscripción de hipoteca y todas las anotaciones posteriores a esta que consten sobre el bien. Conforme al artículo 692.3 LEC, este mandamiento ha de contener todos los datos a que se refiere el artículo 674 LEC, que regula el mandamiento de cancelación de cargas propio de toda ejecución sobre inmuebles; y debe acreditar, además, que se realizaron las notificaciones al titular del bien contra quien no se hubiera despachado ejecución y a los titulares de derechos inscritos después de la hipoteca, a que se refiere el artículo 689 LEC, ya que el registrador no puede inscribir una nueva titularidad sobre un bien si la existencia del proceso de ejecución no se comunicó a todos los que tenía derechos adquiridos e inscritos sobre él.

3.1.3 *Liberación de la vivienda hipotecada en caso de vencimiento anticipado*

Es sabido que las obligaciones con garantía hipotecaria pagaderas a plazos con frecuencia incorporan una cláusula de vencimiento anticipado, que permite que el acreedor exija la devolución íntegra del capital y de los intereses ante el impago de algunas de las cuotas de la obligación. En estos casos, el artículo 693.3 LEC prevé la posibilidad de que el acreedor,



pese a haber obtenido despacho de ejecución por la totalidad de la deuda, ofrezca al deudor el sobreseimiento del proceso si, antes de que se cierre la subasta, consigna todas las cantidades debidas en el momento de interponer la demanda y todas las que se hayan devengado hasta el momento en que se produzca la consignación, a causa de la ampliación automática de la ejecución a los plazos que vayan venciendo (que normalmente el acreedor habrá pedido en la demanda ejecutiva conforme al art. 578.2 LEC) y de los intereses de demora que se vayan acumulando con el transcurso del tiempo. De este modo, el ejecutado evita la devolución de la parte no vencida del préstamo, y la venta del bien. Conforme al artículo 693.3 II LEC, esta posibilidad de enervación del proceso de ejecución la tiene el deudor, aun sin ofrecimiento del acreedor, si el bien hipotecado que va a subastarse es su vivienda habitual.

Si el deudor enerva la ejecución satisfaciendo las cantidades efectivamente adeudadas, el letrado de la administración de justicia tasarán las costas y, una vez hayan sido satisfechas, dictará decreto liberando el bien del proceso de ejecución –no de la garantía– y poniendo fin a las actuaciones. Las costas no se tasan sobre la cuantía del despacho de la ejecución sino sobre lo efectivamente debido y pagado por el ejecutado; y, conforme al ya citado artículo 575.1 bis LEC, no pueden exceder del 5 % de esta cantidad, si el bien realizado forzosamente era la vivienda habitual del ejecutado.

La enervación del proceso de ejecución mediante la consignación de las cantidades debidas puede tener lugar varias veces respecto de la misma obligación y de la misma vivienda, siempre que transcurra un plazo de tres años entre la fecha de liberación y el nuevo requerimiento de pago judicial o extrajudicial. Por fecha de liberación debe entenderse a estos efectos la del decreto que pone fin a la ejecución; y es importante subrayar que esta resolución no se dicta hasta que no han sido satisfechas las costas, de manera que mientras más tarde el ejecutado en pagarlas, más aleja de sí el momento en que podría liberar de nuevo el bien si lo necesitara.

3.1.4 *Procedimiento adecuado para pedir el lanzamiento de la vivienda habitual*

Cuando el inmueble que se ha realizado en una ejecución hipotecaria es la vivienda habitual del deudor y este ya no tiene derecho a permanecer en él, se ha suscitado una polémica en la práctica sobre cuál es la vía procedimental adecuada para pedir el lanzamiento. Esta polémica se ha solventado por el TS, que ha establecido una doctrina jurisprudencial, en



su sentencia 771/2022, de 10 de noviembre, la cual ha sido seguida en otras sentencias posteriores⁽²⁵⁾.

En resumen, la doctrina del TS distingue según quién sea el nuevo titular de la vivienda. Si quien pretende el desalojo forzoso es el ejecutante, o el rematante, o el cesionario del remate, es decir, alguien que haya adquirido el inmueble en el seno del proceso de ejecución, el Alto Tribunal entiende que el cauce procedimental para pedir el lanzamiento no es el juicio verbal de desahucio por precario (del art. 250.1 2.º LEC), como se ha intentado por algunas entidades acreedoras, sino el propio proceso de ejecución hipotecaria, y esto aunque ya haya transcurrido el plazo de un año, al que se refiere el artículo 675.2 II LEC. El TS aduce distintos argumentos: entre otros, además de razones de economía procesal, que el título en el que se basa el adjudicatario lo ha logrado en el marco de la ejecución, que el deudor hipotecario no puede considerarse un tercero ocupante de hecho a los efectos del mencionado artículo 675.2 II, por lo que no le sería aplicable el plazo en él indicado, y que de este modo se evita que el adjudicatario acuda al juicio de desahucio por precario con el fin de dificultar o liberarse de la aplicación de la medidas de protección de la LPDH, a las que enseguida nos referimos⁽²⁶⁾.

En cambio, si quien solicita el lanzamiento es un tercero que adquirió la vivienda al margen del proceso de ejecución, sin ninguna relación con él o con el ejecutante, sino que adquirió el bien de manos del adjudicatario y a título oneroso, entonces el procedimiento adecuado será el juicio de desahucio por precario; y, en este proceso, el deudor hipotecario podrá pedir que se le reconozca la situación de especial riesgo de exclusión y la suspensión del lanzamiento, por aplicación de los artículos 1 y 2 de la LPDH⁽²⁷⁾.

(25) Así, por ejemplo, en las SSTs 515/2023, de 18 de abril; 999/2023, de 20 de junio; 1128/2023, de 10 de julio; y 1217/2023, de 7 de septiembre.

(26) Para un comentario exhaustivo y crítico de esta doctrina, cfr. BERNARDO SAN JOSÉ, A.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2022 (771/2022). Adecuación procedimental del proceso de desahucio por precario para obtener el lanzamiento del ejecutado hipotecario», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (Dir. Yzquierdo Tolsá, M.), Dykinson, 2023, pp. 203-221.

(27) Nos parecen acertadas las reflexiones de BERNARDO SAN JOSÉ, A. (ibidem, p. 220) cuando critica esta doctrina con los siguientes términos: «El Alto Tribunal se equivoca y se contradice a sí mismo: por un lado, obliga al adjudicatario a instar la entrega de la posesión del inmueble que ostenta el deudor hipotecario a través del proceso de ejecución hipotecaria, y lo hace para evitar que el adjudicatario acuda al juicio de desahucio con la intención de eludir la aplicación del régimen tuitivo que la Ley 1/2013 establece en beneficio de los deudores hipotecarios especialmente vulnerables, al mismo tiempo que, por otro lado, cuando es un tercero el que ejerce la acción de desahucio contra el deudor hipotecario reconoce i) que el deudor hipotecario tiene la condición jurídica de precarista desde el momento en que pierde su título de dominio sobre la vivienda hipotecada en virtud de su enajenación forzosa en el seno del proceso de ejecución hipotecaria, y ii) que, dada la naturaleza plenaria del proceso de desahucio por precario, cabe alegar y debatir en él la cuestión relativa a la aplicación de la Ley 1/2013, que se resolverá por el juez del desahucio como cuestión de fondo o, en su caso, mediante la aplicación de la normativa de la prejudicialidad civil (art. 43 LEC)».

3.2 Protección de los deudores hipotecarios que pierden su vivienda habitual

3.2.1 Paralización del lanzamiento del ejecutado y alquiler social

El RD Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, definió un *umbral de exclusión* para permitir que personas en especiales dificultades económicas pudiesen obtener, bien la restructuración de su deuda hipotecaria, bien ciertas soluciones alternativas al proceso de ejecución hipotecaria, si ya se encontraban inmersas en él. Conforme al extenso y detallado artículo 3 del RD Ley 6/2012, están incluidas en el umbral de exclusión las unidades familiares en las que concurren tres condiciones:

- Su renta no supera tres veces el IPREM –o cuatro, o cinco, en función de las características de la unidad familiar–.
- Reunir una de estas dos características: en los cuatro años anteriores al momento en que se solicita ser considerado bajo el umbral de exclusión se han producido circunstancias económicas que han determinado un incremento importante en el esfuerzo que supone el pago de la deuda hipotecaria; o bien concurren en la unidad familiar circunstancias de otro tipo previstas en la norma y que determinan una especial vulnerabilidad –víctimas de violencia de género, condición de familia numerosa o monoparental, o miembros discapacitados o mayores, entre otras–.
- Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50% de los ingresos netos de la unidad familiar.

Respecto de la ejecución hipotecaria, los deudores que se encuentren bajo el umbral de exclusión pueden obtener la suspensión del lanzamiento de la vivienda subastada y el mantenimiento de la vivienda subastada en régimen de alquiler⁽²⁸⁾.

En cuanto a la *suspensión del lanzamiento*, en virtud del artículo 1.1 LPDH –reformado por el RD Ley 1/2024, de 14 de mayo, precisamente con

(28) Este RD Ley incorpora como Anexo un Código de Buenas Prácticas, de suscripción voluntaria por las entidades financieras, y que incluye además otras opciones de carácter sustantivo, sin trascendencia sobre el proceso de ejecución hipotecaria –porque normalmente son previas a él–, como la restructuración financiera de la deuda, quitas en el capital pendiente de amortización o la dación en pago del inmueble hipotecado. Estas posibilidades exigen requisitos específicos, además de los que configuran la situación de umbral de exclusión. La última versión de este Código es la dada por el RD Ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual.

el fin de ampliar el plazo⁽²⁹⁾—, hasta el 15 de mayo de 2028, no podrá lanzarse a nadie perteneciente a un colectivo especialmente vulnerable cuya vivienda habitual haya sido adjudicada al acreedor ejecutante o a persona que actúa por su cuenta en un proceso de ejecución hipotecaria. Las circunstancias que determinan la especial vulnerabilidad son esencialmente las mismas que definen el umbral de exclusión, y pueden ser acreditadas por el deudor ante el tribunal en cualquier momento del proceso de ejecución hipotecaria anterior al lanzamiento, presentando la documentación prevista en el artículo 2 LPDH. También, con apoyo en la jurisprudencia recién citada, también podrá alegarse y acreditarse por el deudor en el proceso de desahucio que pueden emprender los nuevos titulares del bien que no hayan participado previamente en el proceso de ejecución, con el fin de obtener la posesión del inmueble⁽³⁰⁾.

Durante ese mismo plazo, y también en virtud del artículo 1.1 LPDH, en su inciso segundo, el ejecutado que se encuentre bajo el umbral de exclusión podrá obtener del acreedor hipotecario adherido al Código de Buenas Prácticas que se aprueba mediante el RD Ley 6/2012 (reformado por el RD Ley 19/2022), el *alquiler de la vivienda hipotecada*, en las condiciones establecidas en el mencionado Código, que son sustancialmente las siguientes:

- El beneficiario del derecho puede ejercerlo en los seis meses siguientes a la obtención de la declaración judicial de suspensión del lanzamiento por situación de especial vulnerabilidad.
- El inmueble sobre el que se ha sustanciado el proceso de ejecución hipotecaria debe ser su vivienda habitual.
- La renta anual máxima será de un 3 % del valor del inmueble en el momento de aprobación del remate, o del decreto de adjudicación si la

(29) Sobre esta reforma, cfr. GÓMEZ RODRÍGUEZ, A.: «La ampliación de la suspensión del lanzamiento del ejecutado hipotecario sobre la vivienda habitual de colectivos especialmente vulnerables tras la última reforma de la ley 1/2013, operada por el Real Decreto-Ley 1/2024», *Práctica de Tribunales*, n.º 169, 2024.

(30) Acerca de la naturaleza de estas suspensiones, en la citada STS 771/2022, se recoge lo expresado en la STS 502/2021, de 7 de julio, cuando señala: «Esta suspensión constituye, por tanto, una medida procesal que afecta a la ejecución del lanzamiento de los ocupantes sin título (los propietarios ejecutados perdieron el dominio de la finca como consecuencia de su adquisición por el adjudicatario en la subasta). En la medida en que el lanzamiento queda en suspenso, se suspende también correlativamente el derecho del adjudicatario de obtener la posesión del inmueble (no se genera una situación de “coposesión”) y, en consecuencia, el ejecutado conserva durante ese tiempo el uso o disfrute de la posesión inmediata de la vivienda. No constituye una situación meramente tolerada por el adjudicatario, en la medida en que no tiene su fundamento en su consentimiento; la situación posesoria se mantiene temporalmente a favor del ejecutado aun sin o incluso contra la voluntad del adjudicatario, que tiene el deber jurídico de soportarlo. No se trata de un “mero o simple hecho de poseer” (art. 5 LH)».

subasta hubiere quedado desierta. El valor del inmueble se fija con el certificado de un tasador homologado, que debe aportar el ejecutado.

– La duración del contrato será anual, y puede prolongarse durante cinco años por voluntad del arrendatario. Transcurridos estos, ambas partes pueden acordar una nueva prórroga de cinco años más. 2. Suspensión del proceso de ejecución hipotecaria.

Por último, nótese que, junto a las medidas anteriores, el artículo 686.1 LEC ordena que el requerimiento de pago dirigido al deudor –una vez se despacha la ejecución hipotecaria– contenga información sobre la posible declaración del ejecutado en situación de vulnerabilidad por los servicios sociales remitiéndose para ello al artículo 441.5 LEC, norma cuyo ámbito de aplicación originario es el de los procesos de desahucio. Así, en virtud de esta remisión, que ahora ha de extenderse a lo dispuesto en el apartado 6 del mismo artículo (tras la reforma del RD Ley 6/2023), puede aplicarse en la ejecución la *suspensión del proceso* prevista en esta norma, hasta que los servicios sociales adopten las medidas que estimen oportunas, y que será de dos meses, si el demandante es persona física, y de cuatro meses, si es persona jurídica.

3.2.2 *Protección del deudor hipotecario en la ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria*

Además de las medidas anteriores, que se aplican a los deudores hipotecarios que se hallen en el umbral de exclusión, o pertenezcan a un colectivo especialmente vulnerable, todo deudor hipotecario que pierde su vivienda habitual a través del proceso de ejecución tiene reconocidos en el artículo 579.2 LEC los siguientes beneficios, para el caso de que tras la ejecución hipotecaria continúe una ejecución ordinaria por la parte de deuda pendiente:

a) La deuda se considerará satisfecha si, en los cinco años siguientes a la aprobación del remate de la ejecución hipotecaria, se cubre en el 65 % de la cuantía pendiente, que se habrá incrementado durante este tiempo solo por el interés legal del dinero; la cancelación de la deuda por este importe –es decir, por el 65 % de su cuantía en el momento de la cancelación– se producirá incluso si en el proceso de ejecución se obtuviera una cantidad mayor del patrimonio del deudor, poniéndose a su disposición el remanente que exceda del 65 % de la cuantía pendiente.

b) También se considerará satisfecha la deuda si en los diez años siguientes a la aprobación del remate de la ejecución hipotecaria, se cubre

en el 80 % de su cuantía, incrementada solo por el interés legal del dinero; la cancelación de la deuda por este importe se producirá incluso si en el proceso de ejecución se obtuviera una cantidad mayor del patrimonio del deudor, poniéndose a su disposición el remanente que exceda del 80 % de la cuantía pendiente.

c) Si el adquirente del bien en la ejecución hipotecaria fue el ejecutante o un tercero a quien el ejecutante le cedió el remate, y en los diez años siguientes a la aprobación del remate, el ejecutante o el tercero adquirente venden a su vez el bien, la deuda del ejecutado quedará reducida en el 50 % de la plusvalía que se haya generado a favor de estos.

Como puede apreciarse, el legislador, pese a todas las reformas operadas en la ejecución hipotecaria, ha optado por continuar permitiendo que el acreedor reclame la deuda no satisfecha mediante una ejecución ordinaria posterior, introduciendo en ella cierta flexibilidad a favor del ejecutado que ha perdido su vivienda habitual, en lugar de regular la *dación en pago* del bien hipotecado como modo de cancelación completa de la deuda que debe aceptar obligatoriamente el acreedor; ésta, pese a haber sido reclamada por algunos sectores sociales, entraría en conflicto con el sistema civil de responsabilidad por las obligaciones contraídas en que se fundan el tráfico jurídico y económico. No obstante, y como decíamos, el Código de Buenas Prácticas incorporado al RDLey 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, contempla determinadas circunstancias en las que el deudor puede pedir y obtener la cancelación de la deuda mediante dación en pago por parte de un acreedor hipotecario adherido al mencionado Código.

Como puede deducirse de la lectura del artículo 579, la LEC no es clara en cuanto a si esta ejecución ordinaria se considera una continuación de la ejecución hipotecaria anterior, o un proceso de ejecución nuevo e independiente, puesto que por un lado obliga al ejecutante a pedir nuevo despacho de ejecución, pero por otro se refiere expresamente a «proseguir» la ejecución. La práctica se articula actualmente como un híbrido de ambas opciones, de manera que la solicitud o demanda de despacho de ejecución se interpone ante el tribunal que conoció de la ejecución hipotecaria, y al ejecutado no se le suelen admitir defensas que ya formuló o pudo formular en el proceso anterior. Sin embargo, la cuantía por la que se despacha ejecución ya no está sujeta a la garantía, de modo que puede incorporar cantidades no cubiertas por ésta; y quienes adquieran en la ejecución ordinaria la condición de ejecutado que no tuvieran en la ejecución hipotecaria anterior tendrán intactas las posibilidades de oponerse al conjunto de la ejecución.

Para terminar, el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, añade limitaciones a la cuantía embargable del salario o equivalente respecto de las ya previstas en el artículo 607.1 LEC, para el caso específico de que sea necesario continuar un proceso de ejecución en el que se ha vendido la vivienda habitual del ejecutado sin que la deuda haya resultado completamente satisfecha. Esta norma incrementa en un 50 % la parte inembargable del salario conforme al artículo 607.1 LEC, es decir, la primera cuantía equivalente al salario mínimo interprofesional, y añade a esa parte inembargable otro 30 % del salario mínimo por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNARDO SAN JOSÉ, A.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2022 (771/2022). Adecuación procedimental del proceso de desahucio por precario para obtener el lanzamiento del ejecutado hipotecario», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (Dir. Yzquierdo Tolsá, M.), Dykinson, 2023.
- DE LA RUBIA SÁNCHEZ, D.: «La ejecución de vivienda habitual», *Revista Acta Judicial*, n.º 4, 2019.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *La vivienda habitual en la ejecución forzosa*, Aranzadi, 2021.
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, A.: «La ampliación de la suspensión del lanzamiento del ejecutado hipotecario sobre la vivienda habitual de colectivos especialmente vulnerables tras la última reforma de la ley 1/2013, operada por el Real Decreto-Ley 1/2024», *Práctica de Tribunales*, n.º 169, 2024.
- RUIZ-RICO ARIAS, M. D.: «La propiedad de vivienda habitual y la ejecución hipotecaria tras la ley del derecho a la vivienda de 2023: insuficiente protección y necesidad de reforma legal», *Diario La Ley*, n.º 10373, de 23 de octubre de 2023.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, B.: *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, La Ley, 2019.

C. La ejecución de la vivienda habitual en el concurso de acreedores. Ejecución y exoneración del pasivo o régimen de segunda oportunidad *

Matilde Cuenca Casas
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense
Fundación Hay Derecho
m.cuenca@telefonica.net

Resumen: *Se analizan en el presente capítulo las especialidades de régimen que presenta la vivienda habitual del deudor insolvente y se ha declarado el concurso de acreedores. Además de las reglas propias presentes en la regulación concursal, se analizan otras materias que indirectamente pueden afectar a la vivienda habitual, particularmente cuando solicita el deudor la exoneración del pasivo insatisfecho (EPI). Así, se estudian distintos escenarios en los que el deudor puede evitar la ejecución de la vivienda*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

habitual, bien cuando solicita la exoneración acogiéndose a un plan de pagos de deuda exonerable o bien cuando la vivienda está hipotecada y el deudor se acoge al itinerario de liquidación y cuando nos encontramos en un caso de concurso sin masa.

Palabras clave: *Concurso de acreedores, insolvencia, vivienda habitual, gananciales, separación de bienes, cónyuge, exoneración del pasivo insatisfecho.*

Abstract: *This chapter analyzes the special features of the regime affecting the main residence of the insolvent debtor and the insolvency proceedings have been declared. In addition to the rules contained in the insolvency regulations, other matters that may indirectly affect the main residence are examined, particularly when the debtor requests the discharge of debts. Thus, different situations are studied in which the debtor can avoid the foreclosure of the principal residence, either when the debtor requests the exoneration under a payment plan of dischargeable debt or when the home is mortgaged, and the debtor applies for the liquidation itinerary and when we find ourselves in a case of insolvency without assets.*

Keywords: *Bankruptcy, insolvency, main residence, community property, separation of property, spouse, exoneration of unsatisfied liabilities.*

Sumario: 1. La integración de la vivienda habitual del deudor en la masa activa. 2. La vivienda habitual en el proceso concursal. 2.1 Deudor casado en régimen de gananciales u otro de comunidad. 2.2 Deudor casado en régimen de separación de bienes. 2.3 Vivienda familiar, crisis matrimonial y concurso de uno de los cónyuges. 3. ¿Es posible evitar la ejecución de la vivienda habitual en el proceso concursal? 3.1 Vivienda no hipotecada. 3.2 Vivienda habitual hipotecada y exoneración del pasivo a través del cumplimiento de plan de pagos. 4. Liquidación concursal y vivienda habitual hipotecada. 5. Vivienda familiar común gravada con hipoteca y concurso de acreedores de uno de los cónyuges o pareja de hecho ¿Puede el cónyuge no concursado evitar la ejecución de la vivienda? 6. La vía del concurso sin masa para evitar la ejecución de hipoteca sobre la vivienda habitual cuando la deuda supera el valor del bien. 7. Bibliografía.

1. LA INTEGRACIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL DEL DEUDOR EN LA MASA ACTIVA

Si hay algo que le preocupa a una persona con problemas de solvencia es saber qué va a pasar con su principal activo que suele ser su vivienda habitual. De hecho, el riesgo a perderla es un incentivo negativo a la iniciativa empresarial⁽¹⁾. Por ello resulta oportuno analizar las especialidades de régimen que encuentra la vivienda habitual en el proceso concursal regulado en el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC)⁽²⁾.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos⁽³⁾, en España la vivienda habitual es un bien embargable⁽⁴⁾, salvo que nos encontremos en el residual supuesto del empresario de responsabilidad limitada⁽⁵⁾. De ahí que con base en el principio de universalidad recogido en el artículo 192 TRLC, la vivienda del deudor forma parte de la masa activa del concurso. No existen deseables mecanismos que garanticen la habitación del deudor en caso de que sobrevenga situación de insolvencia. Solo un derecho de alimentos (arts. 123 y 124 TRLC) del concursado siempre que haya suficiencia de masa activa puede paliar los problemas que plantea la necesidad de habitación del deudor y de su familia.

A continuación, me referiré a las especialidades de régimen que contiene la regulación concursal en materia de vivienda habitual del deudor.

(1) En un interesante trabajo realizado por MINGZHI HU, y XIAOSHUAB Li, 2022, se analiza la relación entre el nivel de iniciativa empresarial y la condición de propietario de una vivienda. La conclusión es llamativa tras un análisis empírico: «los propietarios de una vivienda se asocian con una propensión significativamente menor al compromiso empresarial. El efecto negativo de la propiedad de la vivienda sobre el espíritu empresarial es mucho mayor para los propietarios más jóvenes». El propietario tiene miedo a perder la vivienda y su interés por emprender es menor.

(2) Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, recientemente reformado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal que ha transpuesto al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

(3) Cfr. Apartado X de esta obra en el que se aborda el problema de la embargabilidad de la vivienda habitual.

(4) Solo existe una regulación específica de escaso alcance en el artículo 593 LEC «*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*».

(5) Su regulación se encuentra en los artículos 7-11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

2. LA VIVIENDA HABITUAL EN EL PROCESO CONCURSAL

2.1 Deudor casado en régimen de gananciales u otro de comunidad

El principio de universalidad previsto en el artículo 192 TRLC por virtud del cual se incluyen en la masa activa los bienes y derechos que integren el patrimonio del concursado en la fecha de la declaración de concurso, se ve excepcionado cuando el deudor está casado en régimen de gananciales u otro de comunidad. Y ello por la especial naturaleza de la sociedad de gananciales, carente de personalidad jurídica y con caracteres propios de una comunidad germánica: los cónyuges carecen durante la vigencia del régimen de cuotas enajenables (y, por ende, embargables), sobre los bienes gananciales. Ello impide que en caso de concurso de uno de los cónyuges pueda incluirse en la masa activa la cuota correspondiente a cada cónyuge sobre los bienes comunes, tal y como aconsejaría un escrupuloso respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Solo tras la disolución y liquidación del régimen conyugal les será adjudicada a cada cónyuge la titularidad exclusiva de los bienes que fueron gananciales o bien en régimen de comunidad de bienes romana o por cuotas (arts. 392 y ss. CC). Hasta la disolución del régimen, por lo tanto, no es posible determinar el derecho que a cada cónyuge le corresponde sobre el patrimonio común.

Ello plantea indudables particularidades de régimen en la fase de formación de masa activa. Se incluyen en la masa activa los bienes privativos (art. 193.1 TRLC) y los problemas se plantean con los bienes gananciales dado que no hay cuotas y no todos pertenecen al deudor. Pues bien, a pesar de ello el legislador optó por incluir todos los bienes gananciales en la masa activa a sabiendas de que no pertenecían en exclusiva al deudor. Así, el artículo 193 TRLC dispone que «*si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado*». Este condicionamiento es, a mi juicio, ocioso pues siempre los bienes gananciales responden de las deudas del concursado, bien directamente si es pasivo ganancial o de forma subsidiaria si es pasivo privativo (art. 1373 CC)⁽⁶⁾.

(6) Más extensamente analizo esta problemática mi monografía *El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008.

El artículo 125 TRLC prevé como medio de defensa del cónyuge del concursado la concesión de la facultad de disolver el régimen conyugal⁽⁷⁾ siempre que se incluyan bienes comunes en la masa activa. Como he señalado, esto sucederá siempre, por lo que siempre el cónyuge del concursado gozará de esta facultad de disolver el régimen⁽⁸⁾.

El artículo 125.2 TRLC señala que, presentada la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada, sea con el convenio, sea con la liquidación de la masa activa. Es claro con esta nueva redacción que la liquidación de la sociedad de gananciales debe ser previa⁽⁹⁾, si bien la norma sigue sin aclarar en qué consiste tal mandato de coordinación.

Sigo defendiendo que debe llevarse a cabo una liquidación meramente contable⁽¹⁰⁾, en la que se adjudique formalmente a cada cónyuge su derecho sobre el patrimonio común. Esta operación previa es absolutamente fundamental para que el cónyuge pueda salvaguardar su derecho sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte. La particularidad de régimen es que los bienes gananciales adjudicados al cónyuge no concursado deben hacerse constar en el inventario, pero no se detraen de la masa activa puesto que el artículo 193 ordena su inclusión y el artículo 251.2 TRLC ordena que se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. Por lo tanto, tanto las deudas gananciales contraídas por el concursado, como por su cónyuge, se integran en la masa pasiva y ello, sin que el cónyuge tenga a su vez que ser declarado en concurso.

Estos antecedentes son imprescindibles para determinar lo que acontece con la vivienda habitual ganancial la cual, por lo dicho, se incluirá en la masa activa del concurso.

Se establecen una serie de reglas especiales cuando se trata de la vivienda. La primera se recoge en el artículo 125.3 TRLC cuando dispone

(7) Por su parte, no hay que olvidar que el artículo 1393 CC concede al cónyuge la facultad de disolver el régimen conyugal «en caso de concurso», sin añadir ningún requisito adicional.

(8) Más extensamente, CUENA, M., y FERNÁNDEZ SELLO, JM, 2023, pp. 174 ss.

(9) Es la interpretación que defendí con ocasión del artículo 77 LC en mi trabajo «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2008. También lo defendieron PARRA LUCÁN, M. Á., 2009, p. 280. CURIEL LORENTE, E., 2010, p. 59.

(10) Sigue esta doctrina el Auto núm.97/2020, de 9 de marzo, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 9 de marzo de 2020 y de 21 de febrero de 2020. Por el contrario, la AP de Madrid 60/2012, Secc. 28.º, de 20 de abril de 2012 considera que se pueden pagar las deudas comunes con cargo a los bienes comunes en el marco del concurso *«de manera que lo que se liquide en la pieza separada sea el exceso de estos últimos que eventualmente existiese»*.

que el cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso.

La norma viene a establecer una suerte de atribución preferente a favor del cónyuge del concursado, parecida a la contemplada en los artículos 1406 y 1407 del Código Civil. Por el contrario, el TRLC permite dicha atribución por la simple declaración de concurso de uno de los cónyuges, siempre que se opte, claro está, por la disolución del consorcio. Esta norma es una prueba palpable de que se parte de una liquidación previa de la sociedad de gananciales, pues esta atribución preferente es una operación particional que se lleva a cabo en la fase común, y ello no tendría sentido si la liquidación de la sociedad de gananciales se llevara a cabo al mismo tiempo que la liquidación concursal.

La atribución de la vivienda habitual al cónyuge del concursado realmente está evitando su agresión por los acreedores del concursado con el objeto de que ambos cónyuges –en definitiva, la familia– puedan seguir disfrutando de la misma para satisfacer su necesidad primaria de alojamiento. Por lo tanto, realmente constituye una medida de protección de ambos cónyuges que solo tendrá lugar cuando el cónyuge del concursado goce de un importante patrimonio privativo con el que abonar el exceso de atribución, o cuando la mayoría de las deudas del concursado sean privativas, supuesto en el que puede plantearse la hipótesis de que exista un remanente que repartir.

Precisamente el carácter común que debe presentar la vivienda habitual aleja a la figura regulada en el artículo 125.3 TRLC del derecho de separación *ex iure dominii* que opera cuando el derecho pertenece en su totalidad a persona distinta del deudor concursado (art. 239.1 TRLC). La inexistencia de cuotas sobre bienes gananciales hasta que se produce el efecto disolutorio y liquidatorio, y el hecho de que el cónyuge del concursado pueda obtener la totalidad del derecho de propiedad sobre la vivienda habitual excluye de este ámbito al derecho de separación.

Para que el derecho de adquisición preferente correspondiente al cónyuge del concursado sobre la vivienda habitual no perjudique los derechos de los acreedores, es preciso que se incorpore a la masa activa el exceso de adjudicación que en su caso pueda producirse cuando el valor de la vivienda sea superior a la cuota que le corresponde al cónyuge del concursado sobre el haber partible.

El artículo 125.3 TRLC no hace referencia al criterio de valoración que debe seguirse respecto de la atribución de la vivienda habitual en el marco de la liquidación de gananciales. En ausencia de norma especial en



materia de valoración, debe seguirse el criterio general del art.201 TRLC, es decir, atribuirle el valor de mercado, criterio éste que se sigue con carácter general para la liquidación de la sociedad de gananciales en ausencia de otro específico en el Código Civil⁽¹¹⁾.

Sin embargo, hay que tener en cuenta el artículo 194 TRLC que regula los derechos de adquisición preferente del cónyuge del concursado *«de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor»*. El artículo 194.3, modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del TRLC establece que se *«considerará que el valor de la vivienda habitual del matrimonio será el mayor entre el valor de tasación que tuviera establecido o el de mercado»*. Se ha suprimido la regla especial que se establecía en el precepto que valoraba la vivienda como el precio de adquisición *actualizado conforme al índice específico de precios al consumo, sin que en ningún caso pueda superar el del valor de mercado»*. Con la nueva redacción solo se puede mantener un valor distinto de mercado si es superior. El planteamiento, a mi juicio, es censurable porque parece promover un enriquecimiento injustificado de los acreedores. Además, no queda claro a qué se refiere la norma cuando alude *«al valor de tasación que tuviera establecido»*. Si, como suele ser habitual, la vivienda está hipotecada y existe un informe de tasación realizado en sede concursal, el mismo será el de mercado por lo que no habrá problema. Si no es el caso y hay un valor de tasación mayor que el de mercado, parece que este último es el que debe prevalecer para que el cónyuge adquiera la vivienda, resultado insólito que no tiene mucho sentido pues perjudica a un bien indispensable como es la vivienda. Se ha pasado de una regla que beneficiaba al cónyuge a otra que le perjudica de forma notable. Lo razonable es que el cónyuge adquiera a precio de mercado. Ni más ni menos.

El artículo 194 TRLC se refiere al derecho de adquisición preferente de bienes gananciales lo cual es técnicamente un imposible jurídico porque no hay cuotas enajenables vigente el régimen. Mientras los bienes son gananciales, y se está procediendo a la liquidación del régimen lo que existe es una atribución preferente de los bienes gananciales en el seno de la liquidación del régimen conyugal no pudiéndose ejercitar sin disolver ni liquidar la sociedad conyugal. Eso es lo que se regula en el artículo 125.3 TRLC respecto de la vivienda.

El derecho de adquisición preferente sí tiene lugar entre bienes comunes en régimen de comunidad ordinaria y no en gananciales porque, como he dicho, estos solo existen vigente el régimen y en tal caso no hay cuotas.

(11) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 1999, p. 172. MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 433.

Ni siquiera éstas existen en la comunidad postganancial, donde lo que hay es una cuota sobre el patrimonio ganancial y no sobre bienes concretos, en la línea de lo que también sucede en la comunidad hereditaria⁽¹²⁾. Se puede entender que la norma contenida en el artículo 194.1 realmente se está refiriendo a la atribución preferente en la liquidación de gananciales. Si bien el Código Civil solo establece estas atribuciones en normas específicas y respecto de determinados bienes gananciales (art. 1406 y 1407 CC), la norma concursal brinda un derecho de atribución preferente al cónyuge del concursado *sobre todo los bienes gananciales* adjudicados al concursado en la liquidación previa contable de la sociedad de gananciales. Si esto es así, cuando el cónyuge se atribuye la vivienda habitual habrá de aplicarse la regla de valoración del artículo 194.3 TRLC citado.

2.2 Deudor casado en régimen de separación de bienes

Cuando el concursado está casado en régimen de separación de bienes y la vivienda es común en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas, se integrará en la masa activa del concurso la cuota correspondiente al concursado.

El artículo 194 TRLC concede al cónyuge del concursado el derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Este derecho es nuevo, puesto que la LC⁽¹³⁾ solo lo preveía para los bienes afectados con pacto de sobrevivencia (art. 78 LC), discriminando negativamente al resto de los cónyuges casados en separación de bienes que no podían hacer valer este derecho en la fase común.

No es un derecho de separación en tanto que no se detraen los bienes de la masa por ser propiedad del cónyuge del concursado. La cuota que se adquiere pertenece al concursado. El cónyuge adquiere la totalidad de un bien que no le pertenecía en su totalidad y por ello debe abonar la mitad de su valor.

Se trata de un derecho de adquisición especial que no encaja exactamente en los tipos legales de adquisición preferente, y que se adapta a las especialidades de régimen que plantea el proceso concursal. Y es que técnicamente, cuando el cónyuge ejercita esta facultad, no se ha producido ningún tipo de enajenación forzosa del bien y puede suceder que no llegue a producirse porque el concurso no concluya con liquidación del patrimonio del deudor.

(12) Para esta delimitación conceptual, puede verse RODRÍGUEZ LLAMAS, S., 2013, pp. 199-233.

(13) Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal hoy sustituida por el TRLC.

Respecto al plazo de ejercicio de este derecho por parte del cónyuge del concursado, nada se dice en la norma, por lo que, en principio, habría que entender que puede hacerse valer en la fase común del concurso, en el momento de la elaboración del inventario en tanto que la función de éste es informar de los bienes que forman la masa activa y su valor, de manera que tal opción no podría ejercitarse una vez abierta la fase de convenio o liquidación del concurso. En el supuesto de que se haya elaborado el inventario desconociendo el derecho del cónyuge del concursado, éste podrá proceder a su impugnación mediante el planteamiento de incidente concursal (art. 532 TRLC). Sin embargo, hay que tener presente que, a diferencia de lo que sucede con el derecho de separación (art.239 TRLC), en este caso el cónyuge detrae la cuota sobre el bien afectado de la masa, pero restituyendo su valor. Es más, sería más coherente con la naturaleza de este derecho y con la regulación de esta figura, el que se generara esta opción a favor del cónyuge del concursado cuando se pretendiera liquidar la cuota sobre el bien afectado. Por ello entiendo, que, dada la finalidad del derecho concedido al cónyuge del concursado, no debería haber obstáculo a su ejercicio incluso iniciada la fase de liquidación del concurso, concretamente al presentar el plan de liquidación.

Respecto a la regla de valoración, resulta de aplicación la específica contenida en el artículo 194.3 TRLC ya comentado. Como se puede comprobar, tanto cuando se trata de vivienda ganancial como cuando lo es comunidad de bienes romana, el legislador le brinda un trato de discriminatorio a la vivienda habitual.

2.3 **Vivienda familiar, crisis matrimonial y concurso de uno de los cónyuges**

En el Derecho español la vivienda habitual se encuentra protegida de manera distinta en situación de crisis y de normalidad matrimonial y ello por más que el legislador civil en la reciente reforma del artículo 96 CC⁽¹⁴⁾ haya intentado sin mucho éxito acercar ambos regímenes creando un laberinto normativo lamentable⁽¹⁵⁾.

(14) Precepto reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

(15) Aquí denuncié algunas de sus incongruencias «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas» (2022) El notario del siglo xxi. revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 101, p. 48-51. <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas> (Consultado el 3 de julio de 2024).

En caso de normalidad matrimonial, la protección de la vivienda habitual se centra en determinadas restricciones a la libre disposición de esta por parte del cónyuge titular, en los términos establecidos en el artículo 1320 del Código Civil, restricción que no es inscribible en el Registro de la propiedad. Pero como ya he adelantado, la vivienda habitual carece de un estatuto particular que la excluya o proteja de las acciones de los acreedores, por lo que si la vivienda habitual es embargada por un acreedor del cónyuge titular, el otro cónyuge no podrá evitar tal embargo, salvo que pague la deuda. Y ello, aunque la vivienda sea ganancial y el crédito que se pretende ejecutar tenga también carácter ganancial. Será de aplicación el artículo 541 LEC que prevé las oportunas notificaciones al cónyuge no deudor. Tampoco en sede concursal se puede alegar el artículo 1320 CC para evitar la ejecución de la vivienda.

Sin embargo, en los casos de separación, nulidad o divorcio, hay que tener presente la norma contenida en el artículo 96 CC que prevé que se pueda adjudicar el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. La regla se puede excepcionar si hubiera hijos menores en una situación de discapacidad, supuesto en el que el juez puede establecer un plazo específico atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Asimismo, en el apartado tercero de dicho precepto se establecen restricciones a la libre disposición del inmueble al cónyuge titular: *«Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»*. Antes de la reforma solo era inscribible el uso y ahora también lo es la restricción a la facultad de disposición por más que ésta goce de la publicidad de la ley. Aunque en este trabajo no puedo dedicar a este asunto la atención que merece, esta duplicidad de publicidad registral, a mi juicio, carece de justificación. La norma es endiablada y fuente de numerosos problemas interpretativos que no puedo tratar aquí. Baste señalar ahora que carece de sentido la extensión al artículo 96 de la excepción prevista en el artículo 1320 respecto de la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda» dado que cuando hay un uso inscrito, tal manifestación es ociosa. Se han mezclado dos sistemas de protección que son opuestos⁽¹⁶⁾. Cuando

(16) Así lo denuncié en mi trabajo, CUENA CASAS (2022), pp. 48-51.

el derecho de uso no está inscrito, la protección de los terceros viene dada por las reglas generales del sistema⁽¹⁷⁾ y, particularmente, por las reglas de la fe pública registral (art.34 LH).

El derecho de uso que concede el artículo 96 CC al cónyuge no titular, es un derecho oponible a terceros y que resulta inscribible en el Registro de la Propiedad⁽¹⁸⁾. Ello no lo convierte en derecho real, sino que la oponibilidad erga omnes se la da el Registro de la propiedad sin que ello altere su naturaleza, al igual que sucede con los arrendamientos urbanos⁽¹⁹⁾. De esta forma, 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 el derecho de uso sobre la vivienda familiar. Cosa distinta será el problema de la valoración de tal derecho de uso por el letrado de administración de justicia a efectos de practicar la oportuna liquidación de cargas y efectuar el correspondiente descuento del precio de tasación pericial del inmueble, pues tan solo las hipotecas o las anotaciones de embargo son fácilmente valorables a estos efectos⁽²⁰⁾. Habría que valorarse dicho uso conforme a las normas tributarias del impuesto de transmisiones patrimoniales⁽²¹⁾ en relación con usufructos temporales.

En suma, caso de que un cónyuge sea declarado en concurso de acreedores y el uso de la vivienda familiar lo ostente el cónyuge no concursado, tal circunstancia deberá hacerse constar en el inventario de la masa activa (art. 199 TRLC), de manera que, si el concurso finaliza en liquidación y se procede a la ejecución de la vivienda, el adquirente de esta deberá respetar el derecho de uso hasta la mayoría de edad del último de los hijos

(17) Lo explico en mi trabajo CUENA CASAS, M., 2011, pp. 275-442.

(18) La posibilidad de inscribir este derecho de uso en el Registro de la Propiedad está expresamente prevista en el artículo 233-22 del Código Civil de Cataluña. La nueva redacción dada al artículo 96.3 CC se refiere incorrectamente, a mi juicio, a la inscripción de la restricción a la facultad dispositiva derivada de la existencia del derecho de uso. Es el uso al que se refiere el artículo 96.1 el que se inscribe y no la restricción de la facultad dispositiva de forma aislada.

(19) Así lo ha recalcado la sentencia del Tribunal Supremo 526/2023, de 18 de abril (Rec. 1729/2019) cuando considera que el cónyuge no titular de la vivienda al que se le atribuye el uso no es parte necesaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria y no cabe equiparar su posición con la del usufructo, nuda propiedad o dominio útil o directo a que se refiere el artículo 662.2 LEC. Y ello, aunque el derecho de uso se inscriba en el Registro de la propiedad. «Al respecto, también los arrendamientos tienen acceso al registro (art. 2, apartado quinto de la LH) y no por ello los arrendatarios, en su condición de poseedores con título inscrito, son parte necesaria contra los que deba dirigirse la demanda ejecutiva y llevarse a efecto el requerimiento de pago, sin perjuicio de los derechos que les correspondan (art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos)». El derecho de uso implica un derecho de ocupación, pero cuya eficacia *erga omnes* se la da el Registro y no cabe equipararlo con un derecho real que tiene tal eficacia incluso al margen de la institución registral.

(20) ACHÓN BRUÑEN, 2006, p. 14.

(21) Artículo 10 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 documentados.

menores del concursado. Este efecto no tiene lugar cuando se trata de ejecutar la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar y el uso ha sido atribuido al cónyuge no concursado con posterioridad a la constitución de esta. El principio de prioridad registral provoca esta solución pues el acreedor ejecuta el inmueble con las cargas y gravámenes existentes en el momento de la constitución de la garantía y no con las presentes en el momento de la ejecución (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 584/2010, de 8 de octubre). Por lo tanto, si se procede a la ejecución de la hipoteca, ello traerá como consecuencia la extinción del derecho de uso dado que la hipoteca se ejecuta con las cargas y gravámenes que existen en el momento de su constitución y no en el momento de la ejecución⁽²²⁾.

El carácter familiar del derecho de uso atribuido en situación de crisis matrimonial implica la indisponibilidad de este y su inembargabilidad⁽²³⁾. De esta forma, si el concursado es usuario de un inmueble titular del no concursado, tal derecho de uso no podrá ser incluido en la masa activa del concurso.

Nada de esto sucede, como he dicho, cuando el concursado se encuentra en situación de normalidad matrimonial donde no existe un derecho de ocupación a favor del cónyuge no titular inscribible en el Registro de la Propiedad. Si el cónyuge titular de la vivienda es declarado en concurso, la vivienda entrará en la masa activa y el otro cónyuge nada podrá hacer para mantenerse en el uso de esta. Si estuviera divorciado, como hemos visto, sí tendría alguna defensa, pero si su situación es de normalidad matrimonial, la desprotección es absoluta.

3. ¿ES POSIBLE EVITAR LA EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL EN EL PROCESO CONCURSAL?

3.1 Vivienda no hipotecada

El incentivo del deudor persona física a declararse en concurso es sin duda la posibilidad que tiene de solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante, EPI), regulada en los artículos 486-501 TRLC. Concedida la EPI de deudas exonerables, el deudor verá reducido su pasivo y podrá «volver a empezar» y, si se trata de un empresario, iniciar un proyecto empresarial tras su intento fallido. Tal exoneración se puede obtener a través de dos itinerarios que puede libremente escoger el deudor

(22) Estas cuestiones han sido tratadas en el Capítulo 20 del presente Tratado al que me remito, así como a la doctrina y jurisprudencia allí citada.

(23) MURCIA QUINTANA, 2005, p. 251.

siempre que se reúnan los requisitos legales: exoneración de forma inmediata tras la liquidación del patrimonio del deudor (art. 501 TRLC) o tras el cumplimiento de un plan de pagos de deuda exonerable de tres o cinco años de duración (art. 497 TRLC). La EPI es revocable cualquiera que sea el itinerario escogido durante el plazo de tres años (art. 493 TRLC). Y precisamente uno de los casos en los que la duración del plan de pagos puede ser prolongado a cinco años es «*cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia*». La norma constituye una aplicación del artículo 23.3 de la Directiva de reestructuración e insolvencia⁽²⁴⁾ (en adelante, DRI) transpuesta al Derecho español por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. Permite la norma europea que los Estados miembros establezcan unos plazos de exoneración más largos cuando *no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia*. Puede por tanto el deudor pedir la exoneración del pasivo evitando que se ejecute la vivienda, siempre que esta no se encuentre hipotecada.

El fundamento de esta regla excepcional prevista en la DRI tenía en cuenta los que en algunos Estados miembros la vivienda habitual es inembargable o puede crearse un patrimonio separado para protegerlo de las deudas derivadas de la actividad empresarial⁽²⁵⁾. La novedad radica en que, aunque la vivienda no sea inembargable en un determinado Estado, el juez puede evitar su ejecución siempre que el deudor haya optado por el itinerario del plan de pagos. La norma no se refiere al caso en que la vivienda esté hipotecada. Si el deudor deja de pagar el préstamo hipotecario, nada impedirá la ejecución de la vivienda. Dado que las deudas con garantía real

(24) Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

(25) Así sucede en el Derecho italiano con el denominado *fondo patrimonial*, creado voluntariamente por los cónyuges para atender las necesidades de la familia (art. 167 ss. Código Civil italiano). Más clara es la inembargabilidad en el Derecho francés recogida en los artículos 526 ss del Código de Comercio, reformado por la Ley 15 de septiembre de 2021. El nuevo precepto dispone que *los derechos de una persona física inscrita en el Registro Nacional de Empresas sobre el inmueble en el que se encuentra su residencia principal no pueden ser embargados por acreedores cuyos derechos surjan en relación con la actividad profesional de la persona. Cuando una parte de la residencia principal se utiliza para fines profesionales, la parte no utilizada para fines profesionales está exenta de embargo de pleno derecho, sin necesidad de una declaración descriptiva de división*. La regla general es, pues, la inembargabilidad es legal, sin necesidad de declaración expresa del empresario. Más extensamente en mi trabajo «Mecanismos de protección del patrimonio familiar» Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación Núm. 23, 2015, p. 329-346. La inembargabilidad de la vivienda es una regla presente en mayoría de los estados en los EEUU («*property exemptions*»). La inembargabilidad es tratada en el apartado XII (Vivienda habitual y ejecución forzosa) de la presente obra al que me remito.

son no exonerables hasta el límite del privilegio especial (art. 489.1.8.º TRLC), tras la reforma no entran dentro del plan de pagos, por más que el pago del pasivo no exonerable deba ser tenido en cuenta por el juez para juzgar la viabilidad del plan de pagos (art. 498 TRLC).

La exclusión de ejecución de la vivienda a que se refiere el artículo 497 TRLC afecta a la vivienda de la que es propietario el deudor en todo o en parte o su familia. En esta última hipótesis, cabe englobar los supuestos de crisis matrimoniales a los que acabo de aludir en los que es posible que el inmueble propiedad del deudor concursado se encuentre gravado con un derecho de uso a favor de su cónyuge y, en su caso, pareja de hecho. Aunque tal derecho de uso no sea oponible a terceros por estar constituido con anterioridad e inscrito en el Registro de la Propiedad y, por lo tanto, el cónyuge usuario pudiera permanecer en la vivienda tras la ejecución, la norma objeto del presente comentario permite que el inmueble gravado no sea objeto de ejecución. Esta propuesta la puede hacer el deudor en la en la solicitud (art. 495 TRLC). Solo se refiere a la vivienda habitual del deudor, no afectando a segundas residencias. Como en tantas otras ocasiones, no se da un concepto de vivienda habitual del deudor.

A mi juicio, lo que acontece por virtud de lo establecido en el artículo 497 es una suerte de «*inembargabilidad judicial*» de la vivienda habitual que para ser eficiente debe afectar también a los acreedores por crédito no exonerable. Por más que el artículo 490.2 TRLC señale que pueden ejercitar sus acciones frente al deudor, hay que entender que las mismas encuentran su límite en esta inembargabilidad judicial. De lo contrario, su virtualidad práctica puede ser muy limitada y no tendría mucho sentido la prolongación de la duración del plan de pagos a cinco años si cualquier acreedor por deuda no exonerable pudiera embargar la vivienda el deudor⁽²⁶⁾. Según un criterio de interpretación lógico y teleológico, procede interpretar las normas de manera que produzcan efectos y estos sean acordes con su finalidad. La norma no distingue y prolonga la duración del plan de pagos cuando no se realice la vivienda del deudor, sin que se restrinja esta posibilidad a determinados acreedores. Hay además que tener en cuenta que los acreedores por crédito no exonerable mantienen incólume su acción para ejecutar *sine die* el patrimonio futuro del deudor, por lo que la restricción al embargo de la vivienda es transitoria y viene compensado por una mayor duración del plan de pagos.

Precisamente porque todos los acreedores se ven en alguna medida afectados por la falta de ejecución de la vivienda habitual es por lo que el

(26) En este sentido, ESCOLA, E., 2021, p. 78. En contra, FACHAL, N., 2022. <https://almacendederecho.org/exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-y-vivienda-habitual-del-concursado> A su juicio, la no realización de la vivienda habitual es inoponible a los acreedores de crédito no exonerable.

propio artículo 498 TRLC brinda a todos los acreedores personados (no solo a los titulares de crédito exonerable) un derecho a hacer alegaciones sobre la propuesta de plan de pagos efectuada por el deudor.

No obstante, la decisión acerca de la falta de ejecución de la vivienda puede ser bloqueada por los acreedores. El artículo 498bis.1.2.º que prevé la posibilidad de que dentro de los 10 días siguientes a la aprobación judicial del plan de pagos, cualquier acreedor afectado por la exoneración pueda impugnar el plan de pagos en el siguiente supuesto: «*Cuando el plan de pagos no incluya la realización y aplicación al pago de la deuda exonerable, de la deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones del deudor de la totalidad de los activos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor o de su vivienda habitual, siempre que los acreedores impugnantes representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo total de carácter exonerable*». Es decir, el mero hecho de que no se ejecute la vivienda habitual se convierte en causa de impugnación del plan de pagos cuando ejercitan los acreedores titulares como mínimo del 40 % pasivo exonerable. Constituye formalmente una acción de impugnación de la resolución de la concesión provisional de la exoneración y no una oposición. Me parece censurable que la exclusión de la ejecución de la vivienda habitual pueda ser «vetada» por acreedores que representen el 40 % del pasivo. Creo que el resultado es el mismo que si se requiriera el consentimiento de estos acreedores ya que el juez carece de margen de maniobra. Si se produce tal impugnación de la resolución sobre la exoneración provisional, señala el artículo 498 bis que el «el juez no la concederá». Este consentimiento encubierto es contrario a los objetivos de la DRI. En el Considerando 74 claramente se señala que «*la presente Directiva no debe obligar a que el plan de pagos sea apoyado por una mayoría de acreedores*». Cuando de EPI se trata la exoneración con plan de pagos es «impuesta» a los acreedores quienes solo se pueden oponer por concurrir las excepciones del artículo 487 TRLC o falta de requisitos legales del plan de pagos. Pero uno de estos requisitos no puede ser un consentimiento de los acreedores.

A los efectos de lo que aquí interesa, hay que destacar que se permite la impugnación cuando no se aplique la vivienda habitual al pago tanto de *la deuda exonerable como no exonerable*. Ello parece dar a entender que cuando el juez decreta que no se ejecute la vivienda habitual, ello afecta también a los acreedores por crédito no exonerable. Si estos a pesar de todo pudieran ejecutar la vivienda habitual, no tendría sentido esta causa de impugnación que puede bloquear la medida porque vincula al juez. Por ello considero que, decretada por el juez la no ejecución de la vivienda habitual, ello afecta tanto a los acreedores por crédito exonerable



como no exonerable. No se menoscaba el derecho de defensa de los acreedores por crédito no exonerable cuando no se les permite ejecutar la vivienda, pues tienen la posibilidad de hacer alegaciones⁽²⁷⁾, tal y como establece el artículo 498 TRLC.

3.2 Vivienda habitual hipotecada y exoneración del pasivo a través de cumplimiento de plan de pagos

La condición de vivienda habitual del deudor concursado carece en el procedimiento concursal de un régimen especial en materia de paralización de la ejecución hipotecaria o del inicio de la misma tras la declaración de concurso. No se suspende la ejecución ya iniciada, ni se ve impedido el inicio de la ejecución posterior a la declaración de concurso. Solo cabe esta paralización cuando se trata de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 146 TRLC). Por lo tanto, el acreedor real en caso de impago puede iniciar la ejecución antes de la declaración de concurso (art. 145 TRLC), desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida la ejecución separada sobre ese bien o derecho, o una vez haya transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que se haya enajenado la vivienda (art.149.1 TRLC).

Como ya he adelantado anteriormente, la solicitud de la EPI por la vía del plan de pagos no supone una excepción a esta regla, dado que el plan de pagos no afecta al pago de deuda no exonerable como es la deuda con garantía real, ni puede impedir la ejecución de la garantía cuando hay un impago. Bien es verdad que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 499.2 TRLC, incumplida la obligación garantizada cuando el deudor se ha acogido al itinerario del plan de pagos, el juez competente para atender de la ejecución hipotecaria será el juez concursal. Entiendo que esta competencia la asume el juez del concurso respecto de los nuevos procedimientos que se inicien durante el periodo de duración del plan de pagos⁽²⁸⁾.

La deuda garantizada es deuda no exonerable (art. 489.1.8.º TRLC), pero hay que tener en cuenta la importante norma contenida en el artículo 492 bis TRLC. En virtud de lo dispuesto en dicha norma, *si la*

(27) Por eso no comparto la opinión de SENDRA ALBIÑANA, A., 2023, p. 228, cuando considera que la inembargabilidad no es oponible a los acreedores por crédito no exonerable por menoscabarse su derecho de defensa y por la sorpresiva limitación de los bienes susceptibles de agresión para el cobro de su concreto crédito.

(28) Discrepo de MARTÍN MARTÍN A. (2022), quien entiende que se suspenden las ejecuciones pendientes ante otros juzgados que deberían remitir las actuaciones al juez concursal. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/paralizacion-de-ejecuciones-extraconcursales-tras-la-ley-16-2022/>.

garantía real se ha ejecutado antes de la aprobación del plan de pagos, caso de que exista remanente de deuda pendiente, la misma tendrá la consideración de deuda exonerable y formará parte del plan de pagos.

Cuando la garantía real no se ha ejecutado, como el itinerario de exoneración con plan de pagos no exige liquidación del patrimonio y, por tanto, no se produce el vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC), es claro que si el deudor continúa pagando el préstamo hipotecario la ejecución hipotecaria no se producirá. Como ya he señalado, en el caso de que el deudor deje de abonar el préstamo hipotecario, el juez del concurso no puede por la vía del 497 TRLC decretar la no ejecución de la vivienda, e impedir la ejecución de la garantía real. Por ello, antes de que el juez decreta la extensión del plan de pagos a 5 años y la no ejecución de la vivienda, deberá asegurarse de que el plan de pagos es viable y que el deudor puede pagar el préstamo hipotecario. De lo contrario, tal extensión será inútil.

El artículo 492 bis se plantea el escenario de que el bien gravado tenga un valor inferior al de la deuda hipotecaria, supuesto frecuente en la época de la burbuja inmobiliaria fruto de las irregularidades cometidas por los prestamistas en relación con la sobrevaloración de la tasación de los inmuebles, todo ello aderezado por unas normas de ejecución hipotecaria que incentivaban esos excesos (arts. 682, 670 y 671 LEC) y favorecían un efecto perverso: que quedara deuda pendiente tras la ejecución de la garantía⁽²⁹⁾. Esta circunstancia no necesariamente se produce por un incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia por parte del prestamista, ya que cambios del propio mercado puede producir cambios en la valoración de los inmuebles. Pero lo cierto es que la experiencia ha puesto de relieve que en muchas ocasiones ha sido un comportamiento irresponsable de los prestamistas el que provoca este efecto. De hecho, existe una regulación que pone límites a la concesión de préstamos en función del valor de tasación del inmueble precisamente para evitar que los cambios en la valoración del inmueble puedan menoscabar la garantía del acreedor⁽³⁰⁾.

(29) Para una explicación de los abusos que dieron lugar a la burbuja inmobiliaria y su posterior estallido, Cfr: GARCÍA MONTALVO, J. (2009), p. 66-87. <https://www.funcas.es/articulos/financiacion-inmobiliaria-burbuja-crediticia-y-crisis-financiera-lecciones-a-partir-de-la-recesion-de-2008-2009/>.

(30) Cfr: artículo 23 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. Respecto de la cobertura de las cédulas hipotecarias, principal tipo de bono garantizado, se imponen límites a los préstamos hipotecarios incorporados, cuyo valor a efectos de cobertura no podrá exceder del 60 % del valor del inmueble que lo garantiza, o del 80 % si se trata de un inmueble residencial.

En la regulación anterior a la reforma (art. 497 TRLC) la EPI solo se podía lograr tras la ejecución de la garantía en la medida que la EPI exigía la liquidación de todo el patrimonio del deudor (art. 486 TRLC). El sobrante de deuda que quedaba pendiente tras la ejecución podía ser exonerado. Ahora ya no es así y es posible obtener la EPI sin ejecutar el patrimonio, acogiéndose el deudor a un plan de pagos y cabe preguntarse lo que acontece con la parte de deuda que excede del valor de la garantía conforme a lo previsto en los arts. 273 y ss TRLC y el deudor continúa pagando el préstamo hipotecario. A esta cuestión se refiere el artículo 492 bis.2 TRLC. En tal supuesto se establece que se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas, pero la cuantía de las cuotas del principal y, en su caso, intereses, se recalculará tomando para ello solo la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía. Se produce, por tanto, una reestructuración de la deuda garantizada sin necesidad de que se produzca la ejecución, lo cual es una auténtica novedad⁽³¹⁾. El deudor puede conservar la vivienda hipotecada y obtener una exoneración del pasivo cuando se acoge al itinerario del plan de pagos, pudiendo, en su caso, obtener una reestructuración de la deuda hipotecaria. Por supuesto, si el deudor deja de pagar el préstamo, nada impedirá la ejecución de la vivienda incluso en el caso de que el plan tenga una duración de 5 años por no ejecutarse la vivienda. Como he dicho, esta imposibilidad de ejecutar afecta al embargo y no a la ejecución de la hipoteca.

4. LIQUIDACIÓN CONCURSAL Y VIVIENDA HABITUAL HIPOTECADA

La segunda vía para obtener la exoneración es la que acontece tras la liquidación del patrimonio del deudor. Se ejecuta todo el patrimonio inembargable y la deuda exonerable pendiente tras la ejecución se extingue por la obtención de la EPI. La ventaja de este itinerario es que permite la

(31) AZOFRA VEGAS, F., 2022, p. 295, se refiere a una «reconfiguración legal de la deuda garantizada distinguiéndose una parte cubierta por la garantía (que se considera no exonerable) y la parte que excede del valor de la garantía, que queda afectada por la exoneración. A esta parte de la deuda garantizada que se considera exonerable». Esta interpretación creo que se deriva claramente de la norma. Y no significa como se ha dicho, que el autor someta la deuda con garantía real al plan de pagos. Lo que se incluye en el plan es la parte de deuda no cubierta por el valor de la garantía y que es exonerable. Confunde ambas esferas, MOYA FERNÁNDEZ A., 2022, pp. 275-296, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8166/documento/art14.pdf?id=13105&forceDownload=true> (Consultado el 3 de julio de 2024). Cosa distinta es que el deudor deje de pagar la deuda hipotecaria, en cuyo caso la ejecución hipotecaria se llevará a cabo no viéndose el acreedor hipotecario afectado por la regla de no ejecución de la vivienda que en su caso haya podido decretar el juez con base en artículo 497. Esto es lo que afirma FACHAL NOGUER 2023, p. 13. Versión electrónica III Legalteca.



obtención de la exoneración de manera inmediata, sin necesidad de esperar un plazo de tres años y con carácter definitivo, aunque revocable si concurren las circunstancias previstas en el artículo 493 TRLC.

La elección de este itinerario es una decisión libre del deudor (art. 406 TRLC) y se puede desembocar en él en caso de concurso sin masa en el momento de la declaración (art. 37 ter TRLC), insuficiencia de masa posterior a la declaración (arts. 249 y 250 TRLC) y liquidación del patrimonio con insuficiencia de recursos para el pago de las deudas pendientes (art. 413 TRLC). Así mismo, también puede entrar en este itinerario de exoneración con liquidación las microempresas sujetas al procedimiento especial regulado en los artículos 685 y ss. TRLC. Según lo dispuesto en el artículo 700 TRLC, fracasado el plan de continuación, el deudor podrá optar por la exoneración del pasivo insatisfecho escogiendo el itinerario de liquidación. También es posible que se abra este itinerario cuando ha fracasado el itinerario del plan de pagos (art. 500 bis).

Así como en la vía del plan de pagos es necesario que existan posibilidades objetivas del cumplimiento del plan (art. 498 TRLC), ningún requisito se exige para que el deudor acuda al itinerario de la liquidación. No es preciso ningún análisis patrimonial ni que se acredite que no hay medios para cumplir un plan de pagos. Esto no sucede en otros ordenamientos⁽³²⁾ en los que el procedimiento de liquidación se configura como subsidiario.

Abierta la fase de liquidación se produce el vencimiento anticipado de las obligaciones (art. 414 TRLC) y esto afectará también a la deuda hipotecaria. Es indiscutible la ejecución hipotecaria sobre todo cuando la deuda es inferior al valor del bien y el sobrante servirá para atender los créditos de los demás acreedores. No cabe solicitar la exclusión de la vivienda del plan de liquidación alegando el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE). Abierta la fase de liquidación, no hay base legal para excluir la vivienda del plan de liquidación. Así lo señaló la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15), núm. 932/2019 de 17 de mayo. Solo cabe excluir los bienes inembargables y la vivienda no lo era. Su doctrina

(32) Así, en los EEUU el acceso al itinerario de liquidación para obtener la exoneración (*discharge*), el denominado Capítulo 7, (Título XI, *UsCode*) requiere que el deudor supere el denominado «test de medios» (*mean test*), de forma que quede acreditado que el deudor no tiene medios para acudir a la exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos, que es el regulado en el Capítulo 13. Este test de medios se introdujo por la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* en 2005 con el objeto de evitar el abuso del sistema por parte del consumidor. Si el deudor no supera el «*means test*», entonces deberá solicitar el concurso por el Capítulo 13, en lugar de escoger el del Capítulo 7. Este test de recursos trata de verificar si el deudor tiene ingresos por encima o por debajo de la media para las unidades familiares de las mismas características del estado del deudor. Si el deudor está por debajo de la media, podrá acudir al procedimiento del Capítulo 7. Si se supera ese límite, se procede a determinar si tiene ingresos disponibles suficientes para justificar un plan del Capítulo 13 (Tit. 11 & 707 U. S. Code). Vid. Sobre esta reforma y su crítica, *Cfr*: GROSS, K.; HEIDT, K., y LUPICA, L. (2006), pp. 497 ss.

es plenamente aplicable en la actualidad cuando el deudor escoge el itinerario de liquidación, que era el único que existía antes de la reforma.

El problema es cuando la deuda hipotecaria supera el valor del bien dado en garantía, dado que parece que su ejecución no supondría ningún beneficio para el resto de los acreedores puesto que no habría recursos sobrantes tras la ejecución. En este caso ¿es posible excluir la vivienda hipotecada del plan de liquidación cuando la deuda hipotecaria supera el valor del bien?

Ninguna norma lo autoriza de manera expresa ahora ni tampoco en la regulación anterior. Sin embargo, ello no fue obstáculo para que se desarrollara una línea jurisprudencial favorable a excluir la vivienda habitual del deudor del plan de liquidación⁽³³⁾. Su doctrina fue acogida en uno de los acuerdos (núm. 12) aprobados en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y JPI núm. 50 de Barcelona⁽³⁴⁾. Según dichos acuerdos, se permitía que no se ejecutara la vivienda «*cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía*». Se considera que, si se dan estas circunstancias, los demás acreedores no tienen interés en la liquidación de la vivienda pues la cantidad que se obtuviera solo serviría para pagar el crédito privilegiado especial. Con todo, se exigía el consentimiento del acreedor, lo cual hacía esta solución todavía más llamativa. Acordada la conclusión del concurso y concedida la exoneración del pasivo insatisfecho, el acreedor podrá instar la ejecución de la garantía real si el deudor dejara de pagar. El acreedor evitaría de esta forma la exoneración de la deuda pendiente tras la ejecución. Esta doctrina que permitía evitar la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual a quien realmente estaba ayudando era al acreedor⁽³⁵⁾.

A mi juicio, si el deudor se acoge al *itinerario de liquidación*, al igual que lo que acontecía antes de la reforma y ahora con mayor razón, no hay base legal para excluir la vivienda habitual del plan de liquidación⁽³⁶⁾. Sin

(33) La exclusión de la vivienda hipotecada del plan de liquidación fue planteada por primera vez en el auto del Juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 que concedió una exoneración del pasivo pendiente (con arreglo al régimen que estaba vigente antes de la aprobación del RDL 1/2015) sin haberse ejecutado la hipoteca.

(34) Seminario de Jueces de lo Mercantil y JPI núm. 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016. http://www.manjarin.com/PDF_Comunicaciones/Seminario_Jueces_Mercantil_Exoneracion_Pasivo_Insatifecho_210616.pdf (Consultado el 21 de julio de 2024).

(35) Así lo denuncié en este post «La banca ya sabe cómo “escapar” de la segunda oportunidad», 20 de mayo de 2015 <https://www.hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/> (Consultado el 3 de julio de 2024).

(36) Así lo entiende FACHAL, N. (2022), para la regulación aprobada tras la reforma: «no parece que quepa excluir la vivienda habitual del deudor de las operaciones liquidatorias, en caso de acudir a la exoneración con liquidación de la masa activa. Esta modalidad de acceso a la exoneración

embargo, se mantiene la línea jurisprudencial que permite excluir la vivienda del plan de liquidación. Cf. Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de A Coruña de 9 de febrero de 2023.

5. VIVIENDA FAMILIAR COMÚN GRAVADA CON HIPOTECA Y CONCURSO DE ACREEDORES DE UNO DE LOS CÓNYUGES O PAREJA DE HECHO ¿PUEDE EL CÓNYUGE NO CONCURSADO EVITAR LA EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA?

Especiales problemas se plantean en el no poco frecuente supuesto en el que la vivienda habitual se encuentra gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo hipotecario contraído solidariamente por ambos cónyuges.

Cuando ambos cónyuges están casados en régimen de gananciales, y solo uno de ellos se declara en concurso, la vivienda ganancial formará parte de la masa activa (art. 193 TRLC) y la deuda hipotecaria entrará en la masa pasiva (art. 251.2 TRLC). Si el préstamo se está pagando, lo recomendable en este caso es que el deudor se acoja al plan de pagos que no conlleva liquidación del patrimonio. De esta forma, obtendrá una reestructuración de su pasivo y se evitará la ejecución de la vivienda habitual.

Si el concursado solicita la EPI con itinerario de liquidación cabría entender que no se produce el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario (art. 414 TRLC) respecto del cónyuge no concursado codeudor solidario que está atendiendo el préstamo hipotecario. La declaración de concurso se trataría como una excepción personal que no puede perjudicar a los demás deudores ni al propio acreedor. Resultaría de aplicación

conlleva la enajenación de todos los bienes y derechos de la masa activa». La autora ha cambiado su criterio en el trabajo, «Las deudas con garantía real en la exoneración del pasivo insatisfecho», La Ley Insolvencia núm. 21, julio 2023, p. 14, IIILegalteca, señalando que la Ley 16/2022 no ha cerrado la puerta a la doctrina que permite excluir la vivienda del plan de liquidación, siempre que se den los requisitos jurisprudenciales citados. Como se ve, ni una sola cita de la ley. Basta la opinión de los magistrados para alterar un sistema que solo beneficia al acreedor. Cosa distinta es que se permita la reestructuración de la deuda hipotecaria si no se ejecuta la hipoteca por aplicación del artículo 492 bis TRLC, tal y como he defendido en otro lugar CUENA, M., y FERNÁNDEZ SELJO, JM., 2023, p. 292. En la misma línea, GARCÍA-VILLARRUBIA, M., 2022, entiende que cuando el valor del inmueble es inferior al importe pendiente de pago de la deuda con garantía real podría excluirse la vivienda de la ejecución porque «no se advierten razones decir que no. Los mismos argumentos pueden conducir a entender, también con el nuevo texto, que si se dan las condiciones antes explicadas no tiene sentido proceder a la enajenación del inmueble». <https://www.uria.com/es/publicaciones/8004-la-vivienda-habitual-y-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho> En el mismo sentido, ESCOLÁ, E., 2021, p. 78.



en este caso la regla contenida en el artículo 1.148 CC que permite al deudor solidario oponer al acreedor las excepciones objetivas (o reales) y subjetivas o personales. El beneficio del plazo sería una excepción objetiva que puede oponer cualquiera del resto de deudores solidarios⁽³⁷⁾.

Esta operación no puede perjudicar los derechos de los acreedores quienes conservarán sus acciones contra el cónyuge del concursado pudiendo agredir no solo la vivienda, sino también el resto de gananciales adjudicados y su patrimonio privativo (art. 1369 CC). Esta es la opción más razonable para los acreedores también en el caso de que pasivo hipotecario supere el valor de la garantía ya que, de lo contrario, producida la ejecución, el sobrante sería objeto de exoneración.

En caso de cónyuges casados en régimen de separación de bienes, al compartir bienes en régimen de comunidad romana (arts. 392 y ss.), cabe incluir en la masa activa la cuota que sobre el bien inmueble le corresponde al concursado (art. 192.1 TRLC). Sin embargo, la totalidad del inmueble se encuentra gravado con una hipoteca que es indivisible. Ello significa, según dispone el artículo 122 Ley Hipotecaria (LH) que la hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido (...). Aunque se incluya en la masa activa solo la cuota sobre el bien correspondiente al concursado toda la finca responde del crédito garantizado (art. 1860 CC y artículos 122 y ss LH). Toda la finca hipotecada responde de la devolución del préstamo, aunque al concursado solo le corresponda el 50% (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 11 de noviembre de 2022 y no cabe alegar el artículo 225 TRLC (art. 149.5 LC) para solicitar la cancelación de las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. Tal precepto no está pensado para esta hipótesis en que queda pendiente deuda hipotecaria sobre la finca indivisa. Como se señala en la sentencia citada: *«En caso de venderse una mitad indivisa de la finca propiedad del concursado, dicha venta no determinará la cancelación total o parcial de la hipoteca constituida sobre toda la finca si el préstamo garantizado con la hipoteca se encuentra al corriente en el pago de las amortizaciones»*⁽³⁸⁾.

(37) RODRÍGUEZ VEGA, L., 2021, p. 233.

(38) En contra de este criterio, resulta sorprendente la doctrina contenida en la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública de 30 de noviembre de 2020. Se trataba de una finca hipotecada propiedad de dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria y siendo ambos codeudores solidarios. Sobre dicha finca pesaban varias anotaciones de embargo posteriores a la constitución de la hipoteca. Ambos deudores se declararon en concurso de acreedores y en el seno de dicho procedimiento se solicitó por parte del administrador concursal la celebración de la subasta pública electrónica de la mitad indivisa de la finca hipotecada de la que eran titulares ambos

Si hay impago del préstamo, la hipoteca se ejecutará, pero si el no concursado sigue abonando el préstamo y el concursado se acoge al itinerario de liquidación, al igual que señalé con ocasión del régimen de gananciales, si el cónyuge del concursado sigue abonando el préstamo hipotecario puede oponer la excepción objetiva del beneficio del plazo (art. 1148 CC) y evitar el vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC). De esta forma no se ejecutaría la hipoteca.

No obstante, los acreedores no pueden verse perjudicados de la falta de ejecución, lo cual sucedería en el caso de que el valor del bien superara el de la deuda hipotecaria, ya que quedaría sobrante tras la ejecución. En tal caso, cabría ejecutar la cuota que sobre la vivienda corresponde al concursado, si bien con la subsistencia de la hipoteca sobre todo el inmueble, por lo que, concluido el concurso, el adquirente podría ejercitar la acción de división de cosa común que considerara pertinentes.

6. LA VÍA DEL CONCURSO SIN MASA PARA EVITAR LA EJECUCIÓN DE HIPOTECA SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL CUANDO LA DEUDA SUPERA EL VALOR DEL BIEN

Si hay un aspecto mal regulado en la reforma operada por la Ley 16/2022 es, a mi juicio, el concurso sin masa, es decir, aquel en el que el deudor carece de recursos siquiera para pagar los gastos derivados del procedimiento (arts. 37 bis y ss.). Parece haberse olvidado el legislador de que

deudores. No se ejecuta la hipoteca, sino el plan de liquidación. La cuota es adjudicada en la subasta al acreedor (Bankia) y en el decreto de adjudicación se ordena la cancelación de cargas referidas a esa mitad indivisa. Es decir, se ordena la cancelación de la hipoteca sobre dicha mitad indivisa a pesar de que subsistía la deuda hipotecaria pendiente. La registradora suspende la inscripción del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación el crédito entre ambos deudores por entender que no puede cancelarse la hipoteca dado que el crédito no aparece distribuido entre ambos deudores. Sorprendentemente la DGSFP estima el recurso interpuesto frente a la decisión de la registradora y considera por aplicación del artículo 149.5 LC (hoy artículo 225 TRLC): «la adquisición por el postor, en este caso el acreedor hipotecario, de lamitad indivisa del concursado implicará que la garantía hipotecaria pase a recaer únicamente sobre la otra mitad indivisa de la finca, si bien como consecuencia de la subasta, quedará minorada en la cantidad correspondiente al remate, sin perjuicio de las relaciones internas entre codeudores». Esta tesis violenta la indivisibilidad de la hipoteca (art. 119 LH) y solo puede justificarse la solución en una eventual confusión de derechos por parte del acreedor hipotecario. La cancelación de tales cargas se justifica en que los adquirentes de bienes en pública subasta deben quedar inmunes frente a acreedores que solo pueden ver satisfechos sus créditos con el producto obtenido por la enajenación forzosa. Tal norma no puede alegarse frente a un acreedor hipotecario cuando no se ha ejecutado la hipoteca. El adquirente en pública subasta adquiere el bien con la carga hipotecaria.



también el deudor puede solicitar la EPI en estas hipótesis (art. 501 TRLC) y hay un difícil encaje entre la regulación del concurso sin masa y la de la EPI. Veamos por qué.

En el concurso sin masa el deudor llega «sin nada» y no es previsible el ejercicio de las acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable. En estos casos la regulación establecida en el artículo 501 del TRLC determina que el deudor pueda optar a la exoneración definitiva vinculada a la liquidación de su patrimonio. Cuando el deudor no tenga realmente masa no habrá problema en que acceda a la exoneración definitiva, pero cuando conste con masa, aunque sea insuficiente, el juez del concurso debería constatar que se ha liquidado ese patrimonio antes de reconocer el derecho a la exoneración. Pues bien, esto que parece obvio, no sucede en la regulación aprobada.

El artículo 37 bis TRLC recoge los supuestos que se entienden como concurso sin masa, destacando respecto del tema que nos ocupa que es la vivienda el apartado d) que dispone que será sin masa el concurso cuando los *gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos*. En el caso de que, por ejemplo, un deudor solo tenga un inmueble hipotecado en el que la deuda hipotecaria supere el valor de la garantía, se considera que existe insuficiencia de masa.

Presentada la solicitud de concurso, el juez lo declarará con insuficiencia de masa si se acredita que el patrimonio es insuficiente⁽³⁹⁾ para el pago de los gastos del procedimiento ordenando su publicidad en el BOE y Registro Público concursal (art. 37ter) para que en el plazo de 15 días los acreedores del concursado que representen al menos 5 % del pasivo puedan solicitar el nombramiento de administrador concursal y emita el informe sobre los extremos que menciona el precepto⁽⁴⁰⁾. Estas son las razones en las que se pueden basar los acreedores para nombrar al administrador concursal. Parece que no caben otras como,

(39) No hay que olvidar que los artículos 134 y 135 TRLC permiten que el juez pueda requerir información patrimonial al deudor.

(40) Artículo 37 ter [...]: 1.º *Si existen indicios suficientes de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles conforme a lo establecido en esta ley.* 2.º *Si existen indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada; o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados.* 3.º *Si existen indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable.*

por ejemplo, la necesidad de liquidar el escaso patrimonio del deudor que pretende pedir la exoneración del pasivo. Los acreedores no son notificados, sino que tienen que estar pendientes de la publicidad en BOE y Registro Público Concursal y el plazo de reacción es corto: 15 días. Además, caso de que el administrador concursal sea nombrado, deben asumir el coste. Los incentivos del acreedor son mínimos. Entretanto, el deudor puede mentir descaradamente sobre su activo y es fácil que no se abra fase de calificación porque no se nombre AC ni *se inicie fase de liquidación*⁽⁴¹⁾. Como se puede comprobar, la norma quita poderes al juez y se los brinda a los acreedores, que son las «víctimas» de la EPI.

En suma, y respecto de la vivienda habitual del deudor, que es el tema objeto del presente trabajo, esta regulación del concurso sin masa implica que el deudor puede pedir la exoneración con base en el art.501 TRLC y si los acreedores no han reaccionado no hay administrador concursal y el juez puede concederla a pesar de que el deudor tenga activo por liquidar. Si la hipoteca que grava la vivienda habitual garantiza una deuda por valor superior al del bien dado en garantía, y el resto de los bienes del deudor no son suficientes para el pago de los gastos del procedimiento, se tratará de un concurso sin masa (art. 37 bis d) TRLC). Si los acreedores no solicitan nombramiento del administrador concursal no se abrirá la fase de calificación concursal ni parece que la de liquidación, no nombrándose administrador concursal. Como no se abre la fase de liquidación, no se produce vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC) y si el deudor sigue pagando el préstamo hipotecario la hipoteca no se ejecutará. El acreedor hipotecario escapa de esta forma de la EPI. En cambio, los demás acreedores la padecen y verán exonerados sus créditos.

Este resultado es sencillamente perverso y, a mi juicio, contrario a la DRI porque constituye una interpretación que priva al deudor de la exoneración del pasivo pendiente tras la ejecución de la garantía. Toda interpretación debe ser a favor de la exoneración. Pero es que además es que esta interpretación constituye un incentivo al préstamo irresponsable. Aunque el exceso de deuda hipotecaria sobre el valor del bien puede obedecer a otras razones, como puede ser la pérdida de valor del bien con carácter sobrevenido, lo cierto es que estos casos se han producido en las hipotecas constituidas antes de la crisis de 2008, siendo la sobrevaloración de las garantías una causa relevante. cuando se permite que se decrete la exoneración sin ejecutar la hipoteca, se «premia» al prestamista irresponsable permitiéndole escapar de la exoneración del sobrante tras

(41) Así lo ha destacado BLANCO SARALEGUI, JM., 2021.

la ejecución. Tal interpretación no solo, como he dicho, es contraria a la DRI, sino también a la de Directiva 2014/17 UE sobre los contratos con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial que establece que las sanciones por incumplimiento de obligación de evaluar la solvencia deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 38)⁽⁴²⁾. Permitir que este prestamista escape de la exoneración no es más que un incentivo al préstamo irresponsable y ello no solo viola la DRI que prevé solo dos itinerarios para la obtención de la EPI⁽⁴³⁾ (liquidación y plan de pagos)⁽⁴⁴⁾, sino la normativa europea citada sobre préstamo responsable. Se impone una interpretación correctora conforme con la normativa europea citada y, particularmente, con la DRI⁽⁴⁵⁾.

Si bien un concurso sin masa puede concluirse sin liquidación, cuando se trata de obtener la EPI y el deudor no puede acogerse al plan de pagos (itinerario que creo que no hay razón para excluir en el escenario del art 37 bis d) TRLC), procede la apertura de la fase de liquidación cuando nos encontramos en el itinerario de EPI con liquidación. No hay tres itinerarios para obtener la EPI, sino solo dos. Así lo impone la DRI. No puede suceder que se obtenga la EPI sin liquidación cuando hay bienes que liquidar. Eso es un contrasentido. El art.501 TRLC, parte de la hipótesis de que no hay bienes que liquidar, pero no se tuvo en cuenta el artículo 37 bis d) TRLC podía tener consecuencias en sede de EPI porque excluía el sobrante de pasivo tras la ejecución de la garantía real. Por ello entiendo que deber liquidarse en todo caso en el que se solicite la EPI por el itinerario de liquidación. El problema es el cauce procesal para llevar a cabo la liquidación cuando no se ha nombrado AC. La regulación no puede ser más defi-

(42) Cfr. también el artículo 8 Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

(43) Así se establece en el artículo 2.1.10 DRI que define la «plena exoneración de deudas»: la exclusión de la ejecución frente a los empresarios del pago de las deudas pendientes exonerables o la cancelación de las deudas pendientes exonerables como tales, *en el marco de un procedimiento que podría incluir la ejecución de activos o un plan de pagos, o ambos*. Cfr. Considerando 75 DRI: «Los procedimientos que incluyan un plan de pagos, una ejecución de activos o una combinación de ambos deben prever la opción de una exoneración de deudas. Al aplicar tales normas, los Estados miembros deben poder elegir libremente entre esas opciones [...]».

(44) Como señala AZOFRA VEGAS, F., 2021, p. 262, la DRI no contempla la posibilidad de una EPI sin plan de pagos y sin liquidación. Buena prueba de ello es la regla contenida en el artículo 21.3 DRI que permite que se decrete la exoneración, aunque continúe el proceso de ejecución y liquidación de activos.

(45) Más extensamente mi trabajo, «Vivienda y concurso de acreedores», Actualidad Civil, núm. 9, 2023 [https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEAA3IQQq \(AIBAF0Nu4jkRazUq7gbSfnE8MiMjK0fHzLZ-KUMr-L5Lew-uBe2K290aEX2oCrKLGlsj4Bs2DadnNurlSwZZ4IHJFEzbK9uAHedQJ3FIAAAA=WKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEAA3IQQq (AIBAF0Nu4jkRazUq7gbSfnE8MiMjK0fHzLZ-KUMr-L5Lew-uBe2K290aEX2oCrKLGlsj4Bs2DadnNurlSwZZ4IHJFEzbK9uAHedQJ3FIAAAA=WKE).

ciente en este punto y lo cierto es que permite evitar en sede concursal la ejecución de la vivienda habitual cuando la deuda supera el valor del bien.

Para evitar los inconvenientes de este planteamiento, caso de que la deuda hipotecaria supere el valor de la vivienda hipotecada, debe aplicarse por analogía el art. 492 bis TRLC, reestructurándose la deuda hipotecaria en la parte que excede del límite del privilegio especial (art. 489.1.8º TRLC) sin necesidad de ejecutar el inmueble. El juez puede ordenar a la entidad financiera el recálculo, el cual deberá realizar para que la deuda hipotecaria devenga líquida y exigible.

Aunque la reestructuración de la deuda hipotecaria prevista en el art. 492 bis está pensada para el deudor que se acoge al plan de pagos porque era el único escenario inicialmente previsto de EPI sin liquidación. Con todo, la norma está recogida en el capítulo relativo a los elementos comunes a toda exoneración y eso favorece su aplicación a todos los escenarios de EPI sin liquidación. Siguiendo una interpretación conforme con la DRI que pretende la exoneración plena del deudor, es perfectamente defendible la aplicación analógica del art. 492 bis al caso de concurso sin masa ex art. 37 bis d) TRLC. Existe identidad de razón porque en ambos casos (plan de pagos y concurso sin masa se opta a una EPI sin liquidación). Ahí está la identidad de razón. El acreedor real debe padecer la exoneración como todos los demás acreedores en la parte de deuda garantizada que exceda del valor de la garantía y que tiene la condición de exonerable.

Ahora bien, para que se pueda aplicar el art. 492 bis por analogía en concurso sin masa, es necesario que el deudor aporte una tasación del inmueble por entidad homologada por el Banco de España, para que se cumplan los requerimientos del art. 273 TRLC relativos a la determinación del valor razonable del bien.

Así se ha entendido recientemente en el Auto 221/2023 de 20 de abril de 2023 del Juzgado Mercantil de Sevilla que aplica analógicamente el art. 492 bis TRLC en caso de concurso sin masa, procediendo a la reestructuración de la deuda hipotecaria. Al mismo resultado llega el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba de 6 de marzo de 2023 declarando exonerable la deuda que quede pendiente tras la futura ejecución hipotecaria. En el mismo sentido, el Auto del Juzgado Mercantil n.º 2 de Pamplona de 23 de octubre de 2024

La tesis que defiende ha sido mantenida también en el Auto del Juzgado Mercantil n.º 5 de Barcelona de 23 de abril de 2025.

En suma, la vivienda habitual del concursado puede conservarse en el proceso concursal en caso de plan de pagos y en los supuestos de concurso sin masa.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, excónyuge o conviviente *more uxorio*», *Revista Jurídica La Ley*, año XX-VII, número 6573, jueves 19 octubre 2006,.
- ALVAREZ OLALLA, *Comentario al artículo 78 LC*, en *Comentarios a la Ley Concursal* coordinados por R. Bercovitz, vol. I, Madrid, 2004.
- AZOFRA VEGAS, F., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones/Journal of Insolvency & Restructuring* 7/2022.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigidos por García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro, Madrid, 2002.
- BLANCO SARALEGUI, J. M., «La nueva regulación de los concursos sin masa», *La Ley Insolvencia* núm. 5, julio-septiembre 2021, Ed. La Ley.
- BLANQUER UBEROS, *Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones*, en *La nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2005.
- CUENA, M., y FERNÁNDEZ SELJO, J. M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física», III Aranzadi, Cizur Menor 2023.
- CUENA CASAS, M., «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2008.
- «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas» (2022) *El notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, p. 48-51. <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas>.
- «Régimen jurídico de la vivienda familiar» *Tratado de derecho de la familia / Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), Matilde Cuena Casas (dir.)*, vol. 3, 2011 (Los regímenes económicos matrimoniales (I)), pp. 275-442.
- «Mecanismos de protección del patrimonio familiar» (2015), *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 23, pp. 329-346.
- «Vivienda y concurso de acreedores», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2023 [https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEAA3IQQq \(AIBAF0Nu4jkRazUq7gbSfnE8Mi-MJk0fHzLZ-KUMrL5Lew-uBe2K290aEX2oCrFKLGLsj4Bs2DadnNurl-SwZZ4IHJFEzbK9uAHEdQJ3FIAAAA=WKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEAA3IQQq (AIBAF0Nu4jkRazUq7gbSfnE8Mi-MJk0fHzLZ-KUMrL5Lew-uBe2K290aEX2oCrFKLGLsj4Bs2DadnNurl-SwZZ4IHJFEzbK9uAHEdQJ3FIAAAA=WKE).
- «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas» (2022), *El notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, pp. 48-51.
- CURIEL LORENTE, E., «El artículo 77. 2 de la LC en relación con el consorcio conyugal», *Actas de los decimonovenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2010.
- ESCOLÁ, E., «El derecho a la segunda oportunidad de los consumidores tras la reforma concursal. Algunos avances y muchos retrocesos.» *VLex. Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios* núm. 13, febrero 2021.

- FACHAL, N., «Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado», Blog Almacén de Derecho, 25 de mayo de 2022. <https://almacenederecho.org/exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-y-vivienda-habitual-del-concursado>.
- Deudas con garantía real y exoneración del pasivo insatisfecho», *La Ley Insolvencia*, núm. 21, julio 2023, p. 13. Versión electrónica III Legalteca.
- GARCÍA MONTALVO, J. (2009), «Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera: lecciones a partir de la recesión de 2008-09», *Papeles de economía española*, núm. 122, 66-87. <https://www.funcas.es/articulos/financiacion-inmobiliaria-burbuja-crediticia-y-crisis-financiera-lecciones-a-partir-de-la-recesion-de-2008-2009/>.
- GROSS, K.; HEIDT, K., y LUPICA, L. (2006), «Legislative Messaging and Bankruptcy Law», *University of Pittsburgh Law Review*, núm. 67, pp. 497 ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 1999.
- MARTÍN MARTÍN A., «Paralización de ejecuciones extraconcursales tras la Ley 16/2022» (20 de noviembre de 2022) quien entiende que se suspenden las ejecuciones pendientes ante otros juzgados que deberían remitir las actuaciones al juez concursal. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/paralizacion-de-ejecuciones-extraconcursales-tras-la-ley-16-2022/>.
- MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995.
- MINGZHI HU, y XIAOSHUAB LI, «The reasons that younger homeowners are less likely to become entrepreneurs: The role of capital constraints», *Journal of Regional economics* 2022.
- MOYA FERNÁNDEZ, A., «Novedades concursales relacionadas con los acreedores reales y la ejecución de las garantías» *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 275-296.
- MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: (El artículo 1320 CC)*, Cizur Menor, 2005.
- PARRA LUCÁN, M. Á., «Persona y patrimonio en el concurso de acreedores», *Estudios de Derecho Concursal*, dirigidos por Rojo Fernández-Río y Beltrán Sánchez, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2009.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S., «Comunidad postganancial, comunidad hereditaria y usucapión», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 30, 2013, pp. 199-233.
- RODRÍGUEZ VEGA, L., «Enajenación en concurso de la vivienda en proindiviso hipotecada», Gómez Asensio, C., *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Thomson Aranzadi, 2021.
- SENDRA ALBIÑANA, A., *El nuevo régimen de segunda oportunidad. Análisis de la incorporación de la Directiva 2019/1023 al ordenamiento jurídico español en materia de exoneración de deudas*. III La Ley, Madrid, 2023.

D. Visión panorámica y recapitulativa de los mecanismos procesales de protección a las personas vulnerables*

Felip Alba Cladera

Profesor Titular Laboral de Derecho Procesal

Universidad de las Islas Baleares

felip.alba@uib.es

Resumen: *El legislador, en los últimos años, ha hecho hincapié en la protección de las personas vulnerables en procedimientos de desahucio y en procesos de ejecución cuyo objeto sea la vivienda habitual. Por esta razón, el objetivo de este trabajo es ofrecer una visión panorámica de todos los mecanismos procesales específicos de protección a las personas vulnerables aplicables en estos procedimientos.*

Abstract: *The legislator, in recent years, has emphasized the protection of vulnerable people in eviction procedures and in enforcement procedures whose object is habitual residence. For this reason, the aim of this paper is*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00) y dirigido por la Prof.^a Cuenca Casas.

to provide an overview of all the specific procedural mechanisms for the protection of vulnerable persons applicable in these proceedings.

Palabras clave: *desahucio; ejecución ordinaria; ejecución hipotecaria; vulnerabilidad.*

Keywords: *eviction; ordinary enforcement; foreclosure; vulnerability.*

Sumario: 1. Planteamiento. 2. El juicio verbal de desahucio por falta de pago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo contractual o legal (art. 250.1.1.º LEC). 3. El juicio verbal de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC). 4. El juicio verbal para el desahucio exprés de *okupas* (art. 250.1.4.ºII LEC). 5. El juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos (art. 250.1.7.º LEC). 6. Proceso de ejecución ordinaria. 6.1 Ejecución dineraria. 6.2 Ejecución no dineraria. 7. Proceso de ejecución hipotecaria. 8. Lanzas en la vivienda habitual que traen causa de un proceso penal.

1. PLANTEAMIENTO

Debido al importantísimo impacto que han tenido en los últimos años la multitud de reformas de los procedimientos de desahucio y ejecución de la vivienda habitual dirigidas a proteger los inquilinos y ocupantes más vulnerables, incluyendo la propia suspensión de los procesos y su ejecución, hemos considerado conveniente realizar una recapitulación⁽¹⁾ para ofrecer al lector una visión panorámica de toda la batería de medidas de protección a los más vulnerables aplicables en estos procedimientos.

2. EL JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO DE LA RENTA O CANTIDADES DEBIDAS POR EL ARRENDATARIO O POR EXPIRACIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL O LEGAL (ART. 250.1.1.º LEC)

– Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda

El artículo 439.6 LEC recoge unos nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deberán acompañar a la demanda para

(1) Y decimos recapitulación porque estas cuestiones han sido tratadas con detalle en los capítulos precedentes.

que ésta sea admitida si el inmueble objeto de la misma constituye vivienda habitual de la persona ocupante y si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) LDV.

– **Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado**

- *La suspensión ordinaria del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC*

El artículo 441 LEC, en sus apartados 5, 6 y 7, prevé que el tribunal haya de comunicar, de oficio, la existencia del procedimiento a las administraciones públicas competentes en materia social y de vivienda, que habrán de evaluar si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica y, en caso de que efectivamente concorra una situación de vulnerabilidad, acordar la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que las administraciones públicas estimen oportunas; suspensión que tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o cuatro si es una persona jurídica.

- *Suspensión extraordinaria y provisional del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional*

El artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el procedimiento de desahucio y el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero).

– **Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada**

El artículo 438.6 LEC, en su párrafo segundo, declara que «en todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, independiente-

mente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo». Igualmente, *vid.* artículo 549.3 LEC.

- **Comunicación de oficio por parte del tribunal a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social**

El artículo 150.4 LEC dispone que, de oficio, el tribunal dará traslado a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social por si procediera su actuación cuando notifique resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda.

3. EL JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO POR PRECARIO (ART. 250.1.2.º LEC)

- **Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda**

El artículo 439.6 LEC recoge unos nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deberán acompañar a la demanda para que ésta sea admitida si el inmueble objeto de la misma constituye vivienda habitual de la persona ocupante y si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) LDV.

- **Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado**
- *La suspensión ordinaria del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC*

El artículo 441 LEC, en sus apartados 5, 6 y 7, prevé que el tribunal haya de comunicar, de oficio, la existencia del procedimiento a las administraciones públicas competentes en materia social y de vivienda, que habrán de evaluar si el hogar afectado se encuentra en situación de

vulnerabilidad social y/o económica y, en caso de que efectivamente concurra una situación de vulnerabilidad, acordar la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que las administraciones públicas estimen oportunas; suspensión que tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o cuatro si es una persona jurídica.

- *Suspensión extraordinaria y provisional de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional*

El artículo 1 bis del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de diciembre).

El ámbito de aplicación de la suspensión se limita a los supuestos en los que la vivienda controvertida pertenezca bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las situaciones previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-Ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

Esta suspensión no afectará a la fase declarativa del proceso de desahucio, sino, únicamente, a la ejecución, esto es, al lanzamiento.

– Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada

El artículo 438.6 LEC, en su párrafo segundo, declara que «en todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se

deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo». Igualmente, *vid.* artículo 549.3 LEC.

- **Comunicación de oficio por parte del tribunal a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social**

El artículo 150.4 LEC dispone que, de oficio, el tribunal dará traslado a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social por si procediera su actuación cuando notifique resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda.

4. EL JUICIO VERBAL PARA EL DESAHUCIO EXPRÉS DE OKUPAS (ART. 250.1.4.º II LEC)

- **Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda**

El artículo 439.6 LEC recoge unos nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deberán acompañar a la demanda para que ésta sea admitida: si el inmueble objeto de la misma constituye vivienda habitual de la persona ocupante y si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) LDV.

- **Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado**

- *La suspensión ordinaria del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC*

El artículo 441 LEC, en sus apartados 5, 6 y 7, prevé que el tribunal haya de comunicar, de oficio, la existencia del procedimiento a las administraciones públicas competentes en materia social y de vivienda, que habrán de evaluar si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica y, en caso de que efectivamente

concurra una situación de vulnerabilidad, acordar la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que las administraciones públicas estimen oportunas; suspensión que tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o cuatro si es una persona jurídica.

- *Suspensión extraordinaria y provisional de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional*

El artículo 1 bis del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero).

El ámbito de aplicación de la suspensión se limita a los supuestos en los que la vivienda controvertida pertenezca bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tenga a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

Esta suspensión no afectará a la fase declarativa del proceso de desahucio, sino, únicamente, a la ejecución, esto es, al lanzamiento.

– **Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada**

El artículo 438.6 LEC, en su párrafo segundo, establece que «en todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se

deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo». Igualmente, *vid.* artículo 549.3 LEC.

- **Comunicación de oficio por parte del tribunal a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social**

El artículo 150.4 LEC dispone que, de oficio, el tribunal dará traslado a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social, por si procediera su actuación, cuando notifique resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda.

5. EL JUICIO VERBAL PARA LA EFECTIVIDAD DE DERECHOS REALES INSCRITOS (ART. 250.1.7.º LEC)

- **Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda**

El artículo 439.6 LEC recoge unos nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deberán acompañar a la demanda para que ésta sea admitida: si el inmueble objeto de la misma constituye vivienda habitual de la persona ocupante y si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de viviendas, en los términos que establece el artículo 3.k) LDV.

- **Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado**

- *La suspensión ordinaria del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC*

El artículo 441 LEC, en sus apartados 5, 6 y 7, prevé que el tribunal haya de comunicar, de oficio, la existencia del procedimiento a las administraciones públicas competentes en materia social y de vivienda, que habrán de evaluar si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica y, en caso de que efectivamente

concurra una situación de vulnerabilidad, acordar la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que las administraciones públicas estimen oportunas; suspensión que tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o cuatro si es una persona jurídica.

- *Suspensión extraordinaria y provisional de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional*

El artículo 1 bis del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero).

El ámbito de aplicación de la suspensión se limita a los supuestos en los que la vivienda controvertida pertenezca bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las situaciones previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

Esta suspensión no afectará a la fase declarativa del proceso, sino, únicamente, a la ejecución, esto es, al lanzamiento.

– Prohibición de los desahucios sin fecha y hora predeterminada

El artículo 438.6 LEC, en su párrafo segundo, declara que «en todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo». Igualmente, *vid.* artículo 549.3 LEC.

- **Comunicación de oficio por parte del tribunal a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social**

El artículo 150.4 LEC dispone que, de oficio, el tribunal dará traslado a las administraciones públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social por si procediera su actuación cuando notifique resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda.

6. PROCESO DE EJECUCIÓN CIVIL

6.1 Ejecución dineraria

- **Prohibición de los lanzamientos sin fecha y hora predeterminada**

El artículo 675.4 LEC dispone que *el auto que resolviera sobre el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble deberá ser notificado a los ocupantes y fijará día y hora exacta en la que éste tendrá lugar*. Igualmente, *vid.* artículo 549.3 LEC.

- **Cuantías inembargables en protección del deudor hipotecario en la ejecución ordinaria posterior a la ejecución hipotecaria**

El artículo 1 del 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, añade limitaciones a la cuantía embargable del salario o equivalente respecto de las ya previstas en el artículo 607.1 LEC, para el caso específico de que sea necesario continuar un proceso de ejecución posterior al proceso de ejecución hipotecaria en el que se ha vendido la vivienda habitual del ejecutado sin que la deuda haya resultado completamente satisfecha. Esta norma incrementa en un 50 % la parte inembargable del salario conforme al artículo 607.1 LEC, es decir, la primera cuantía equivalente al salario mínimo interprofesional, y añade a esa parte inembargable

otro 30 % del salario mínimo por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional.

6.2 Ejecución no dineraria

– Plazo de desalojo de vivienda habitual y posibilidad de prórroga

El artículo 704.1 LEC, en su párrafo primero, prevé que, si el inmueble que se deba entregar fuera la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, el LAJ les dará un plazo de un mes para desalojarlo, pudiéndose extender dicho plazo un mes más si concurre un motivo fundado.

– Prohibición de los lanzamientos sin fecha y hora predeterminada

El artículo 704.1 LEC, en su párrafo segundo, dispone que *se fijará día y hora exacta del lanzamiento tanto en la resolución inicial como en la que acuerda la prórroga o en cualquier resolución ulterior que acuerde el lanzamiento, aunque este se haya intentado practicar con anterioridad*. Igualmente, *vid.* artículo 549.3 LEC.

– Suspensión extraordinaria y provisional de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional

- *Ejecución del desahucio por falta de pago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo contractual*

Para las ejecuciones que deriven de juicios verbales del apartado 1.º del artículo 250.1 LEC, el artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero).

- *Ejecución del desahucio por precario, desahucio exprés de okupas y juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos*

Para las ejecuciones que deriven de juicios verbales de los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 LEC, el artículo 1 bis del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero).

El ámbito de aplicación de la suspensión se limita a los supuestos en los que la vivienda controvertida pertenezca bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las situaciones previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-Ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

7. PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

– **Nuevos requisitos en relación con el contenido y los documentos que deben acompañar a la demanda**

– El artículo 685.2 LEC dispone que en los supuestos de demanda ejecutiva sobre bienes hipotecados se indique necesariamente por el acreedor ejecutante si el inmueble objeto de la misma constituye la vivienda habitual del deudor ejecutado y si concurre en el ejecutante la condición de gran tenedor de vivienda.



– **Suspensión del proceso por situación de vulnerabilidad económica y/o social del demandado**

- *Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables de la LPDH*

El artículo 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 (LPDH), recoge la suspensión del lanzamiento sobre viviendas habituales de deudores hipotecarios especialmente vulnerables. Aunque esta medida, en origen, tenía carácter excepcional y temporal, mediante el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables, ha extendido su vigencia hasta el 15 mayo de 2028.

- *Aplicabilidad de la suspensión del artículo 441 apartados 5, 6 y 7 LEC*

El artículo 686.1 LEC ordena que el requerimiento de pago dirigido al deudor –una vez se despacha la ejecución hipotecaria– contenga información sobre la posible declaración del ejecutado en situación de vulnerabilidad por los servicios sociales remitiéndose para ello al artículo 441.5 LEC, norma cuyo ámbito de aplicación originario es el de los procesos de desahucio. El artículo 441 LEC, en sus apartados 5, 6 y 7, prevé que el tribunal haya de comunicar, de oficio, la existencia del procedimiento a las administraciones públicas competentes en materia social y de vivienda, que habrán de evaluar si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica y, en caso de que efectivamente concurra una situación de vulnerabilidad, acordar la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que las administraciones públicas estimen oportunas; suspensión que tendrá una duración máxima de dos meses si el demandante es una persona física o cuatro si es una persona jurídica.

– **Alquiler social de la vivienda hipotecada**

En virtud del artículo 1.1 LPDH, en su inciso segundo, el ejecutado que se encuentre bajo el umbral de exclusión podrá obtener del acreedor hipotecario adherido al Código de Buenas Prácticas que se aprueba mediante el Real Decreto-Ley 6/2012 (reformado por el Real Decreto-Ley 19/2022)



el alquiler de la vivienda hipotecada, en las condiciones establecidas en el mencionado Código. Aunque esta medida, en origen, tenía carácter excepcional y temporal, mediante el Real Decreto-Ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables, ha extendido su vigencia hasta el 15 mayo de 2028.

8. LANZAMIENTOS EN LA VIVIENDA HABITUAL QUE TRAEN CAUSA DE UN PROCESO PENAL

- **Comunicación de oficio por parte del tribunal a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social**

En la Disposición adicional séptima LEC (introducida por la LDV) se recoge que en los procedimientos penales que se sigan por delito de usurpación del art 245.2 del Código Penal, en caso de sustanciarse con carácter cautelar la medida de desalojo y restitución del inmueble objeto del delito a su legítimo poseedor o, también, cuando el desalojo de la vivienda se acuerde en sentencia, y siempre que entre quienes ocupen la vivienda se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad, se dará traslado a las administraciones públicas competentes con el fin de que puedan adoptar las medidas de protección que correspondan.

- **Suspensión extraordinaria y provisional de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional**

El artículo 1 bis del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la posibilidad de suspender el lanzamiento si el demandado se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva; medida que, a pesar de su carácter extraordinario y temporal vinculado a la situación de emergencia derivada de la pandemia, ha sido prorrogada en múl-

tiples ocasiones, la última hasta el 31 de diciembre de 2025 (Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de diciembre).

El ámbito de aplicación de la suspensión se limita a los supuestos en los que la vivienda controvertida pertenezca bien a personas jurídicas, bien a persona físicas que sean titulares de más de diez viviendas; en cuanto a las personas que habitan el inmueble sin título, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por razón de alguna de las situaciones previstas en el artículo 5.1.a Real Decreto-ley 11/2020; y, por último, que quien habite la vivienda sea una persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

Esta suspensión no afectará a la fase declarativa del proceso de penal, sino, únicamente, al lanzamiento de los ocupantes de la vivienda.

XIII

VIVIENDA FAMILIAR

A. Adquisición de la vivienda familiar

Camino Sanciñena Asurmendi

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Oviedo⁽¹⁾

Resumen: *La vivienda familiar adopta naturaleza ganancial, privativa o en proindiviso dependiendo de quien sea el comprador –un solo cónyuge o los dos conjuntamente–; de las circunstancias que concurren en su adquisición –pago del precio al contado o a plazos–; del momento de la compra-venta respecto a la sociedad de gananciales –anterior al inicio o vigente el régimen de gananciales–, y del acuerdo de los cónyuges. El carácter atribuido a la vivienda familiar con relación a la procedencia de los fondos para su adquisición despliega un importante efecto: el nacimiento de un derecho de reembolso a inventariar como crédito en el activo o pasivo de la sociedad de gananciales al momento de su liquidación.*

Palabras clave: *Vivienda familiar. Bien privativo. Bien ganancial. Reembolso.*

(1) Este trabajo se incluye en los resultados derivados del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global e interdisciplinar» (PID2021-124953NB-100) del que la autora forma parte.

Abstract: *The family home becomes joint ownership, separate ownership or undivided ownership depending on whether the buyer is a single spouse or both spouses together; the circumstances surrounding its or their acquisition, payment of the price in cash or in installments; the time of the sale in relation to the community property, prior to the start or in force of the community property regime, and the agreement of the spouses. The character attributed to the family home in relation to the origin of the funds for its acquisition displays an important effect: it creates a right to reimbursement to be inventoried as a credit in the assets or liabilities of the community property at the time of its liquidation.*

Keywords: *Family home. Private property. Community property. Reimbursement.*

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Adquisición por los cónyuges. 2.1 Adquisición antes de la sociedad de gananciales. 2.2 Adquisición a título gratuito constante la sociedad de gananciales. 2.3 Adquisición con atribución de cuotas. 2.4 Adquisición con atribución expresa del carácter ganancial. 2.5 Adquisición a título oneroso. 3. Adquisición por un cónyuge. 4. Adquisición a plazos. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

La adquisición de la vivienda familiar en sede del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales tiene una regulación específica en el artículo 1357 del Código civil, rigiéndose los supuestos allí no contemplados por las reglas generales de la adquisición de los bienes. La naturaleza jurídica de la vivienda familiar puede oscilar en vivienda enteramente ganancial, totalmente privativa de un cónyuge, en proindiviso ordinario privativo de los dos cónyuges, proindiviso entre un cónyuge y la sociedad de gananciales o entre los dos cónyuges y la sociedad de gananciales. La dotación de un carácter u otro –con los efectos que conlleva– dependerá de la voluntad de los cónyuges y de las diferentes circunstancias en la adquisición de la vivienda familiar, como de quien sea el comprador: un cónyuge o futuro cónyuge, los dos conjuntamente o uno con el consentimiento del otro; de la temporalidad de la adquisición respecto a la sociedad de gananciales: si se adquiere antes de la sociedad de gananciales o constante el régimen, y del modo de adquisición: si el precio se paga al contado o se abona a plazos⁽²⁾.

(2) Por su naturaleza y extensión, este trabajo centra su aparato bibliográfico y jurisprudencial en la doctrina y resoluciones recientes habidas en la presente década. Para la situación anterior, véase SANCINENA ASURMENDI y GAGO SIMARRO, 2021, pp. 37-108, y la doctrina y jurisprudencia allí citada.

2. ADQUISICIÓN POR LOS CÓNYUGES

Los dos cónyuges casados en régimen de gananciales pueden adquirir conjuntamente la vivienda familiar antes del inicio de la sociedad de gananciales, generalmente antes del matrimonio, de solteros siendo novios o pareja de hecho. Pueden adquirirla a título gratuito o a título oneroso; manifestar una voluntad determinada como que la adquieren para la sociedad de gananciales o con atribución de cuotas indivisas de carácter privativo de uno o de los dos, y aportar para la adquisición dinero ganancial o dinero privativo⁽³⁾.

2.1 Adquisición antes de la sociedad de gananciales

La compra y adquisición conjunta y al contado de la vivienda familiar o de cualquier otro bien por quienes luego van a contraer matrimonio se rige por la compraventa realizada por dos personas. Hace nacer una copropiedad o comunidad ordinaria o romana, en la que el bien pertenece en proindiviso a los compradores, con cuotas en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Los compradores deberán manifestar en el mismo acto de adquisición las cuotas que se asignan en el bien haciendo constar los «datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente» (art. 54.1 del Reglamento hipotecario) para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La vivienda familiar en proindiviso de los cónyuges se rige por las reglas de la comunidad ordinaria de bienes de los artículos 392 y siguientes del Código civil, con inevitables intersecciones con la sociedad de gananciales como, por ejemplo, la originada por los gastos de conservación y administración (arts. 393 y 395 del Código civil) a cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362 del Código civil)⁽⁴⁾.

(3) Resulta debatido todavía el pacto de privatividad de los cónyuges casados en régimen de gananciales por el que atribuyen carácter privativo a un bien. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública parece admitirlo, pero exige el requisito de hacer constar una causa adecuada que habitualmente se incumple, con la consecuencia de que se niega la inscripción del bien con carácter privativo no confesado ni probado. Esta posibilidad fue incoada en la RDGRN 25 septiembre 1990 (RJ 1990\7153), y ha sido reiterada en recientes pronunciamientos como las resoluciones núm. 12556/2018 de 30 de julio (RJ 2018\3887), 8911/2020 de 12 de junio (RJ 2020\3382), 1229\2021 de 15 de enero (RJ 2021\207), 17334/2021 de 9 de septiembre (RJ 2021\4598), 14767/2023 de 24 de mayo (JUR 2023\263777), 16518/2023 de 20 de junio (JUR 2023\347599), 17224\2023 de 7 de julio (JUR 2023\319176) y 4946\2024 de 12 de febrero (JUR 2024\80642). Véase, LÓPEZ FRIAS, RDC, pp. 269-301, PLATERO ALCÓN, AJI, pp. 690-727, CALAZA LÓPEZ, DF, pp. 1-29.

(4) A las reglas de la comunidad ordinaria se somete también la vivienda familiar en proindiviso comprada conjuntamente por dos personas que sean novios, miembros de una pareja de hecho meramente fáctica o de una pareja de hecho reconocida por el derecho, o cónyuges casados en régimen de

Siempre que la vivienda familiar tuviera totalmente abonado el precio antes del inicio de la sociedad de gananciales, el posterior matrimonio o comienzo del régimen de gananciales de los compradores no altera la naturaleza en proindiviso de la vivienda familiar. La vivienda familiar totalmente pagada, común en proindiviso de los dos cónyuges, no se integra en la sociedad de gananciales, ni se convierte en bien ganancial por el mero hecho del inicio del régimen de sociedad de gananciales⁽⁵⁾.

2.2 Adquisición a título gratuito constante la sociedad de gananciales

Las disposiciones generales prevén que los bienes adquiridos constante la sociedad de gananciales a título gratuito tendrán carácter privativo del cónyuge adquirente—donatario, heredero o legatario, etc.—(art. 1346.2.º del Código civil). En consecuencia, cuando fueran los dos cónyuges quienes adquirieran a título gratuito se debería entender, de acuerdo con esta regla, que el bien adquirido sería privativo de los dos, es decir, en proindiviso privativo de cada cónyuge.

Sin embargo, esta disposición general se encuentra corregida por una regla específica contenida en los artículos 1353 del Código civil y 93.1.2 del Reglamento hipotecario. Prevén estos preceptos que cuando son los dos cónyuges quienes adquieren por donación o testamento, el bien adquirido —ya sea una vivienda para ser la familiar o cualquier otro bien— tendrá la consideración de bien ganancial y será inscrito como tal.

Dichos artículos exigen, con idéntica redacción, la concurrencia de varios requisitos para que el bien transmitido tenga carácter ganancial y sea inscrito «a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial» (art. 93.1 del Reglamento hipotecario). Requieren expresamente que la transmisión debe realizarse a los dos cónyuges conjuntamente, sin especial designación de partes, que ambos cónyuges deben aceptar la liberalidad y que «el donante o testador no hubiese dispuesto lo contrario».

De entre estos requisitos, algunos son generales de cualquier transmisión a título gratuito, como que los bienes deben ser donados o dejados en testamento a los dos cónyuges conjuntamente. Consecuentemente, los dos cónyuges deben figurar como donatarios, herederos o legatarios en

separación de bienes. La vivienda familiar tendrá carácter en proindiviso de acuerdo con las cuotas expresamente manifestadas por las partes, coincidan o no con la realidad de la procedencia del dinero empleado para el pago del precio.

(5) No obstante, la vivienda en proindiviso de los cónyuges, cualquiera que sea su régimen económico matrimonial, queda afectada en cuanto *familiar* por reglas específicas (civiles, registrales y tributarias) sobre todo a la disolución y liquidación del régimen. Véase mi trabajo, 2023, pp. 43-87.

cosa cierta y determinada respecto al mismo bien (*ex* artículos 768 y 882 del Código civil).

Igualmente, el requisito de la aceptación –que ambos cónyuges deben aceptar la liberalidad manifestando su consentimiento para adquirir la propiedad del bien– es una reiteración de la exigencia general de que la adquisición a título gratuito debe ser aceptada por el donatario (arts. 618, 623, 629 y 633.2 del Código civil) o por el heredero (art. 989 del Código civil) ⁽⁶⁾. Es decir, los dos cónyuges deben aceptar la transmisión a título gratuito.

Los requisitos de que la disposición del bien debe haber sido realizada por el donante o testador sin especial designación de partes y sin haber dispuesto nada en contra del carácter ganancial son propios de la regulación de la sociedad de gananciales. Se precisa que el donante o testador no haya designado partes, pues si hubiese transmitido el bien señalando cuotas –ya sean al 50 % o en otro porcentaje, por ejemplo 40 %-60 %– el bien correspondería a los dos cónyuges en proindiviso según la cuota asignada. Asimismo, es necesario que del acto de disposición no pueda colegirse que el donante o testador no quiso transmitir el bien con carácter ganancial. Se derivaría una voluntad contraria al ingreso de la vivienda donada o legada en la sociedad de gananciales, por ejemplo, si el donante o testador hubiese dejado el bien a los cónyuges, pero separando la nuda propiedad y el usufructo, dejando a uno de los cónyuges la nuda propiedad y al otro el derecho de usufructo sobre el bien. En ese caso, ambos derechos tendrían carácter privativo del cónyuge beneficiario, porque cada derecho se habrá concedido a uno solo de los cónyuges (art. 1346.2.º del Código civil).

La regla de los artículos 1353 del Código civil y 93.1.2 del Reglamento hipotecario, aunque se refiere a los bienes donados o dejados en testamento, es fácilmente extensible a los bienes transmitidos conjuntamente a los dos cónyuges a título gratuito.

La atribución del carácter ganancial al bien donado o legado es imperativa para los cónyuges, que no podrán alterar dicha naturaleza en pro de un carácter en proindiviso ordinario o privativo de uno de ellos, por ser una transmisión a título gratuito sin precio ni contraprestación.

2.3 Adquisición con atribución de cuotas

Los dos cónyuges pueden comprar la vivienda familiar o cualquier otro bien con atribución de cuotas entre ellos, manifestando expresamente su

(6) Los nombrados legatarios de cosa cierta y determinada adquieren la propiedad del bien legado al momento del fallecimiento del testador, debiendo aparecer ambos legatarios en la escritura pública de entrega del legado de bien inmueble.

voluntad conjunta de adquirir en proindiviso según el artículo 1354 del Código civil. Las cuotas pueden ser iguales –por mitades o 50 %– privativas de cada cónyuge, o diferentes, por ejemplo 60 %-40 %. También pueden adquirir en proindiviso con una cuota ganancial junto con una o dos participaciones privativas (correspondientes a uno solo o a los dos cónyuges). Para su inscripción en el Registro de la Propiedad, deberá hacerse constar los datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (art. 54.1 del Reglamento hipotecario).

Precisa el artículo 1354 del Código civil que las cuotas –privativas o ganancial– se determinarán en proporción «al valor de las aportaciones respectivas», atendiendo al principio de subrogación real. Dicho precepto no diferencia la vivienda familiar de otro bien, por lo que cualesquiera que sean los bienes adquiridos se les aplica la misma regulación.

La atribución de partes indivisas por los cónyuges debe ser expresa y manifestada por acuerdo en el mismo acto de adquisición. La prueba posterior del carácter privativo en todo o en parte del dinero aportado no permite alterar la naturaleza proindiviso del bien adquirido, ni variar las cuantías de las participaciones indivisas. En este sentido, destaca la Sentencia de 25 de abril de 2022⁽⁷⁾, en cuyo supuesto de hecho aceptado por las partes la vivienda y la plaza de garaje se habían adquirido en participaciones indivisas entre el marido (147/330) y la sociedad de gananciales (55,45 %), en atención a que el marido había aportado para la adquisición el dinero procedente de la venta de una vivienda privativa. También quedó probado que en la adquisición de dichas fincas se había utilizado el dinero procedente de una donación dineraria, que el donante –padre del marido– había ingresado en una cuenta de titularidad del hijo y de su mujer. El litigio versa sobre el carácter conjunto o individual de la donación. El marido alegaba la privatividad de la donación, que haría surgir un crédito en el pasivo de la sociedad de gananciales a su favor por el importe actualizado, como falló la sentencia de primera instancia; mientras que la esposa defendía el carácter ganancial de la donación por haberse ingresado en una cuenta bancaria titularidad de ambos cónyuges, y solicitaba la eliminación del crédito a favor del marido del pasivo de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo estima el carácter privativo de la donación dineraria, dado que la titularidad conjunta de la cuenta bancaria no convierte a los dos cónyuges en donatarios, ni prejuzga la titularidad dominical de las sumas ingresadas, que conservan el carácter privativo. Para ello reitera: «[e]s doctrina de esta Sala que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados; por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares, y más

(7) STS núm. 322/2022 de 25 de abril (RJ 2022\2114).

concretamente a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta para calificar el carácter dominical de los fondos»⁽⁸⁾. El fallo casa la sentencia de la Audiencia para incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales el importe actualizado de la donación. Resulta significativo que el marido no hubiera solicitado la modificación de las participaciones indivisas, lo que habría acrecido la cuota del marido en un 11,1 % y disminuido la ganancial en la misma proporción.

2.4 Adquisición con atribución expresa del carácter ganancial

La adquisición por los dos cónyuges a título oneroso permite primar su voluntad expresa conjunta sobre las reglas generales de atribución de la ganancialidad (art. 1347 del Código civil) o de la privatividad (art. 1346 del Código civil). Así aparece contemplado en el artículo 1355 párrafo primero del Código civil al puntualizar que el bien tendrá carácter ganancial con independencia de la «procedencia del precio o contraprestación».

La atribución expresa de ganancialidad otorga al bien la naturaleza ganancial, aunque el precio –en su totalidad o en una parte– se haya abonado con dinero privativo de uno o de los dos cónyuges. El acuerdo de ganancialidad exige como requisitos que la adquisición sea a título oneroso y que el otorgamiento de la ganancialidad se haga de común acuerdo por los dos cónyuges «vigente el matrimonio». Se refiere el artículo 1355.1 del Código civil a la vigencia del matrimonio en el sentido de *constante* la sociedad de gananciales en el momento de la adquisición.

El acuerdo de los cónyuges que atribuye expresamente la ganancialidad debe realizarse en el momento de la adquisición del bien, de modo que el bien adquirido ingrese directamente –*ab initio*– en la masa ganancial.

Una de las cuestiones que ha suscitado mayor controversia la constituye la concreción del «momento de la adquisición» en orden a determinar cuándo debe recaer el consentimiento de los dos cónyuges, si a la perfección del contrato, al de la adquisición del derecho de propiedad mediante la *traditio*, o a la formalización de la escritura pública.

La determinación del momento de adquisición cobra especial relevancia cuando existe una horquilla temporal amplia entre la perfección del contrato, la adquisición del derecho de propiedad y la escritura pública, que no queda cubierta por la vigencia de la sociedad de gananciales. Así, cuando el contrato de compraventa celebrado por un cónyuge en estado de soltero se

(8) Previamente y en el mismo sentido, SSTTS núm. 1090/1995 de 19 de diciembre (RJ 1995\9425), 83/2013 de 15 de febrero (RJ 2013\2014), 534/2018 de 28 de septiembre (RJ 2018\4240) y 454/2021 de 28 de junio (RJ 2021\3029).

realiza en documento privado, pero la escritura pública se realiza constante la sociedad de gananciales cabe distinguir diversas situaciones, según cuando se produzca la tradición y quienes formalicen la escritura pública.

En primer lugar, compraventa en documento privado seguida de la tradición antes del inicio de la sociedad de gananciales, y *elevación* a escritura pública únicamente por el cónyuge comprador vigente la sociedad de gananciales. En este caso, la mera elevación a pública de la compraventa carece de la virtualidad de modificar el carácter de la vivienda, que seguirá calificándose de privativa del cónyuge comprador, de conformidad con el artículo 1346.1.º del Código civil, por haber sido *adquirida* por un solo cónyuge antes del inicio de la sociedad de gananciales⁽⁹⁾.

En segundo lugar, compraventa en documento privado seguida de la tradición antes del inicio de la sociedad de gananciales, pero formalización de escritura pública compareciendo con el consorte una vez casados en sociedad de gananciales. Es el objeto de la Sentencia de 12 de febrero de 2020⁽¹⁰⁾ que declara indebidamente aplicado el artículo 1355.1 del Código civil por no haberse manifestado los consentimientos de los cónyuges para la atribución de la ganancialidad al «momento de la adquisición». El cónyuge comprador había adquirido de soltero por la concurrencia del documento privado de compraventa y la entrega de la posesión, por lo que la formalización de la escritura pública no constituye el «momento de la adquisición», habiendo ingresado la vivienda en el patrimonio del cónyuge comprador. No obstante, el fallo entiende que la escritura pública recoge la voluntad de los dos cónyuges a favor de otorgar carácter ganancial a la vivienda. En efecto, en estos casos el acuerdo de los cónyuges es fácilmente calificado de negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales –amparado en el artículo 1323 del Código civil–, por lo que la vivienda recibe el carácter ganancial, al ser *aportada* a la sociedad de gananciales por el cónyuge comprador con el consentimiento del consorte⁽¹¹⁾.

En tercer lugar, compraventa por un solo cónyuge en documento privado antes del inicio de la sociedad de gananciales, y adquisición de la propiedad y escrituración de la compraventa por ambos cónyuges casados en régimen de gananciales. Este supuesto podría subsumirse en la regulación tanto de los bienes *comprados* antes de la sociedad de gananciales (art. 1357 del Código civil) como en la de los bienes *adquiridos* constante la sociedad de gananciales (art. 1355 del Código civil). Analizan

(9) En estos casos, se toma como punto de partida que la elevación a escritura pública no supone la perfección de un contrato nuevo, sino la ratificación o reproducción de un contrato anterior que ya estaba perfeccionado, tal y como puntualiza la STS núm. 358/2002 de 17 de abril (RJ 2002\3293).

(10) STS núm. 98/2020 de 12 de febrero (RJ 2020\374).

(11) Sobre la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales, véase SANCINENA ASURMENDI y GAGO SIMARRO, ADC, 2022, pp. 1451-1521, y la doctrina y jurisprudencia allí citadas.

la confluencia de estos dos preceptos las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 y de 31 de marzo de 2010⁽¹²⁾. Comparten el mismo supuesto de hecho, en el que el futuro cónyuge había comprado en documento privado sendas viviendas y plazas de garaje en construcción –objeto de las dos resoluciones–, habiéndose pactado un fraccionamiento del pago de precio y la subrogación en el remanente de los préstamos hipotecarios cuando las compraventas se formalizasen en escritura pública. Las resoluciones se centran en el conflicto entre los artículos 1355 y 1357 del Código civil, que se resuelve dando preferencia a la voluntad de los cónyuges, quienes habían escriturado una *nueva* compraventa, con mención expresa del artículo 1355 del Código civil, manifestando que la vendedora *vendía y transmitía* a los dos cónyuges que *compraban y adquirirían* para su sociedad de gananciales, por lo que la escritura *transmitía su pleno dominio*. En consecuencia, las viviendas y plazas de garajes se califican como bienes gananciales por atribución de ganancialidad al momento de la adquisición, inscribiéndose tal carácter y circunstancia en el Registro de la Propiedad.

La atribución expresa de ganancialidad tiene como finalidad el otorgamiento del carácter ganancial por la voluntad de los cónyuges. Como recoge la jurisprudencia: «El efecto del artículo 1355 del Código civil es que el bien ingresa directamente en el patrimonio ganancial. Si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por aplicación del artículo 1347.3 del Código civil. No haría falta la voluntad de las partes para atribuir al bien adquirido carácter ganancial. Lo que permite el artículo 1355 del Código civil es que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a bienes que, de no existir tal acuerdo, serían privativos con arreglo a los criterios de determinación legal» (STS 15 enero 2024)⁽¹³⁾. Ahora bien, la atribución expresa de ganancialidad produce los mismos efectos e inscripción háyanse aportado solo dinero ganancial o también dinero privativo. Es decir, el bien adquirido íntegramente con dinero ganancial al que los cónyuges atribuyen expresamente carácter ganancial adquiere dicho carácter ganancial, y se inscribe en el Registro de la Propiedad señalándose la atribución expresa y de común acuerdo de la condición ganancial (art. 93.1 del Reglamento hipotecario).

La misma regla se aplica en caso de que se utilicen fondos en parte privativos y en parte gananciales: «Puesto que los bienes adquiridos a costa de bienes privativos son privativos (art. 1346.3 del Código civil), el artículo 1355 del Código civil permite que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes adquiridos con fondos privativos de un cónyuge,

(12) RRDGRN 29 marzo 2010 (RJ 2010\2375) y 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500).

(13) STS núm. 35/2024 de 15 de enero (JUR 2024\26133).

sustituyendo con su voluntad la determinación legal de los bienes. Aunque el artículo 1355 del Código civil no lo menciona expresamente, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 del Código civil)» (STS 21 febrero 2023) ⁽¹⁴⁾.

El otorgamiento de esa naturaleza ganancial es de carácter irrevocable y no se desvirtúa por el hecho de que se hayan utilizado fondos privativos de uno de los cónyuges. La prueba del carácter privativo del dinero aportado no permite cambiar la naturaleza ganancial de la vivienda familiar a bien en proindiviso en aplicación del artículo 1354 del Código civil ⁽¹⁵⁾. «Frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges» (STS 21 febrero 2023, entre otras muchas).

No obstante lo anterior, la prueba del carácter privativo del dinero utilizado en la adquisición del referido bien hará surgir un derecho de reembolso «para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales» (STS 28 junio 2021) ⁽¹⁶⁾ a favor del cónyuge que aportó el dinero privativo. En efecto, la ganancialidad atribuida a la vivienda familiar genera un derecho de reembolso cuando en su adquisición se han invertido fondos procedentes de una masa de bienes que no se beneficia con la propiedad de la vivienda familiar ⁽¹⁷⁾. Este crédito se inventariará en el pasivo de la sociedad de gananciales al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1398.3.ª del Código civil), si no se hubiese satisfecho con anterioridad. El crédito no se limita al valor nominal del dinero o contraprestación de carácter privativo invertido en la adquisición del bien. El montante privativo aportado se actualizará al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 1358 y 1398.3.ª del Código civil) ⁽¹⁸⁾.

(14) STS núm. 282/2023 de 21 de febrero (RJ 2023\2081).

(15) El bien adquirido se inscribe como ganancial por «atribución de común acuerdo de tal condición» en el Registro de la Propiedad (art. 93.1 del Reglamento hipotecario). Al haberse concedido el carácter ganancial por el consentimiento de los dos cónyuges, se impide registralmente la ulterior justificación o confesión de la privatividad del bien hecha por cualquiera de ellos por resultar contraria a la aseveración realizada en la adquisición del bien (art. 95.6 del Reglamento hipotecario).

(16) STS núm. 454/2021 de 28 de junio (RJ 2021\3039).

(17) Sobre el derecho de reembolso, véase SANCINENA ASURMENDI y GAGO SIMARRO, 2021, pp. 53 y ss., y la doctrina y jurisprudencia allí citadas. Entre la doctrina posterior, véase, CHAPARRO MATAMOROS, 2023, pp. 686-714; GALLARDO RODRÍGUEZ, *La Ley*, pp. 3-27; GÓMEZ BELLO PAGLIARO, 2023, pp. 1171-1184; BERROCAL LANZAROT, 2023, pp. 1047-1068; BENAVENTE MOREDA, CCJC, pp. 3-4/21.

(18) Algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo han defendido la utilización del criterio del IPC para la actualización de las deudas abonadas por un cónyuge que originan un crédito contra la sociedad de gananciales del artículo 1398.3.ª del Código civil. Destaca la STS núm. 224/2022 de 24 de marzo (RJ 2022\1187) que versó únicamente sobre la fórmula de actualización. Califica el derecho de reembolso de deuda de valor, en la que la prestación debida se

La doctrina jurisprudencial desde la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019⁽¹⁹⁾ ha reiterado sin fisuras que el derecho de reembolso procede, por aplicación del artículo 1358 del Código civil, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición, siempre que no se excluya expresamente. La atribución del carácter ganancial al bien es independiente del carácter privativo o ganancial de los fondos, y no convierte en ganancial el dinero privativo empleado para su adquisición. Justifica el derecho de reembolso en que como la donación no se presume, los desplazamientos entre las masas patrimoniales deben equilibrarse mediante el derecho de reembolso. Asimismo, como la adquisición de bienes comunes corresponde a la sociedad de gananciales (art. 1362.2.ª del Código civil), la aportación de dinero privativo genera un crédito a favor del cónyuge aportante por el importe actualizado, que debe reembolsar la sociedad de gananciales, y que se incluye en el pasivo de la sociedad de gananciales al momento de su liquidación (art. 1398.3.ª del Código civil)⁽²⁰⁾.

Menciona también el artículo 1355.1 del Código civil que se atribuye expresamente el carácter ganancial, cualquiera que haya sido la forma y plazos como se satisfaga el precio. No diferencia que la vivienda familiar se adquiera al contado o a plazos, ni por la procedencia del dinero con el que se paguen dichos plazos. La vivienda familiar tendrá carácter ganancial *ab initio*, y el abono de los plazos con dinero privativo no modificará la naturaleza de la vivienda familiar, sino que hará nacer un crédito al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales a favor del cónyuge

manifiesta en un equivalente de poder adquisitivo, inclinándose por acudir a la variación del IPC fijado por el INE sobre el interés legal del dinero. Justifica que el IPC es una medida estadística de la evolución de los precios de los bienes y servicios que consume la población residente en viviendas familiares en España y, en consecuencia, es el procedimiento idóneo para determinar el equivalente actual de poder adquisitivo de las cantidades que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad. Previamente la STS núm. 849/2021 de 9 de diciembre (RJ 2021\5464) había actualizado los importes al IPC.

(19) STS (Pleno) núm. 295/2019, de 27 de mayo (RJ 2019\2143).

(20) Véase entre otras las SSTs núm. 415/2019 de 11 de julio (RJ 2019\2797), 138/2020, de 2 de marzo (RJ 2020\599), 216/2020 de 1 de junio (RJ 2020\1342), 591/2020, de 11 de noviembre (RJ 2020\4250), 371/2021 de 31 de mayo (RJ 2021\2621), 454/2021 de 28 de junio (RJ 2021\3039), 795/2021, de 22 de noviembre (RJ 2021\5139), 849/2021 de 9 de diciembre (RJ 2021\5464), 7/2022, de 31 de enero (RJ 2022\627), 128/2022 de 21 de febrero (RJ 2022\669), 322/2022 de 25 de abril (RJ 2022\2114), 608/2022 de 16 de septiembre (RJ 2022\4359), 731/2022 de 2 de noviembre (RJ 2022\4902), 823/2022 de 23 de noviembre (RJ 2023\184), 282/2023 de 21 de febrero (RJ 2023\2081), 324/2023 de 28 de febrero (RJ 2023\1844), 346/2023 de 6 de marzo (RJ 2023\1849), 806/2023 de 23 de mayo (RJ 2023\3344), 1745/2023 de 18 de diciembre (JUR 2024\1903) y 433/2024 de 1 de abril (JUR 2024\106939).

Cabe citar también la STS núm. 326/2022 de 25 de abril (RJ 2022\2117) que no reconoció el derecho de reembolso por no haberse probado adecuadamente la procedencia privativa del dinero para la compra de la vivienda ganancial.



que ha pagado con dinero privativo por el valor actualizado del montante del dinero aportado (art. 1398.3.^a del Código civil).

En suma, la voluntad conjunta de los cónyuges para otorgar el carácter ganancial a un bien adquirido con dinero privativo prima sobre las normas generales de los artículos 1346.3 y 1354 del Código civil.

2.5 Adquisición a título oneroso

La adquisición de la vivienda familiar puede realizarse por los dos cónyuges a título oneroso, sin manifestar expresamente que atribuyen el carácter ganancial, ni que adquieren en proindiviso al no adjudicar cuotas entre ellos, ni señalar el carácter ganancial o privativo de todo o de parte del dinero aportado, y sin hacer ningún tipo de reserva.

En estas circunstancias, el artículo 1355.2 del Código civil señala que se *presumirá* la voluntad favorable de los cónyuges a atribuir el carácter ganancial a dichos bienes. En efecto, del silencio de los cónyuges a atribuir expresamente el carácter ganancial (art. 1355.1 del Código civil) o el carácter en proindiviso privativo (atribución de cuotas del artículo 1354 del Código civil), se presume la voluntad de conceder la naturaleza ganancial al bien comprado por los dos cónyuges. Consecuentemente, el bien adquiere el carácter ganancial de manera tácita por haber sido adquirido a título oneroso por los dos cónyuges en forma conjunta sin ninguna manifestación al respecto.

La presunción de la voluntad favorable de los cónyuges a conceder el carácter ganancial se destruye con la prueba de que no era *esa* la voluntad de los cónyuges, con la prueba de que la voluntad era haber comprado dicho bien con un carácter diferente al ganancial (íntegramente privativo o en proindiviso). Dicha presunción no se desvirtúa por la prueba de la procedencia privativa de la totalidad o de una parte del dinero abonado. La ulterior prueba del carácter privativo de todos o de algunos de los fondos utilizados en contraprestación del bien no varía la naturaleza ganancial de la vivienda familiar. Dicha prueba hace nacer un derecho de reembolso que se inventariará al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales como un crédito a favor del cónyuge aportante de los fondos privativos por el valor actualizado del dinero aportado (art. 1398.3.^a del Código civil).

Cuando los dos cónyuges son compradores, el bien comprado, ya sea vivienda familiar o cualquier otro bien, adquiere el carácter ganancial, salvo que en el momento de la adquisición los cónyuges le doten de otra naturaleza.

Resulta muy interesante el caso enjuiciado en la Sentencia de 21 de febrero de 2023⁽²¹⁾ dado que el marido había intervenido en la compraventa de la finca en nombre propio y en representación de su esposa. Al representar a su mujer, se entiende que ambos cónyuges han sido los compradores, lo que otorga carácter ganancial a la vivienda en su totalidad. La ulterior prueba de que el marido había pagado el precio en parte con dinero ganancial y en parte mediante la entrega de un inmueble privativo no cambia la naturaleza ganancial del bien a favor de un proindiviso (*ex* artículo 1354 del Código civil). «[E]l artículo 1355. II del Código civil facilita la prueba de la existencia del convenio de atribución de ganancialidad en los casos de adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas, porque en este caso presume la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes. Por ello, para desvirtuar esta presunción de la voluntad común favorable a la ganancialidad no basta con probar que el precio pagado es privativo. El que esté interesado en desvirtuar la presunción que establece el artículo 1355. II del Código civil debe probar que en el momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común de que el bien se integrara en el patrimonio ganancial». La Sentencia considera relevante la prueba del carácter privativo del dinero o fondos empleados para la compra del bien ganancial, en aras a determinar el derecho de reembolso e incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor del marido por el importe actualizado del valor asignado a la finca privativa aportada para la compraventa del bien ganancial. Nótese que la vivienda privativa se había permutado por la mitad de la vivienda ganancial.

En la Sentencia de 2 de noviembre de 2022⁽²²⁾, que recoge un supuesto similar, los cónyuges no cuestionan la naturaleza ganancial de la vivienda, sino la procedencia del derecho de reembolso. En el caso enjuiciado, la esposa había comprado y pagado una vivienda de soltera. Constante matrimonio en sociedad de gananciales, dicha vivienda convertida en familiar fue vendida únicamente por la mujer a una empresa, si bien el marido intervino en la venta solo para otorgar su consentimiento por ser la vivienda familiar a tenor del artículo 1320 de Código civil. La venta de esta vivienda familiar se enlazó cuatro meses después con la compra conjunta en escritura pública de una nueva vivienda familiar a la misma empresa. Esta compraventa incluyó una cláusula de aplicación del precio de la venta de la vivienda privativa para la compra de la vivienda familiar ganancial. El litigio se plantea en fase de liquidación de la sociedad de gananciales en el juzgado de violencia sobre la mujer. Se entendió suficientemente probado que la

(21) STS núm. 282/2023 de 21 de febrero (RJ 2023\2081).

(22) STS núm. 731/2022 de 2 de noviembre (RJ 2022\4902).

vivienda familiar se había comprado en parte con el dinero privativo, proveniente de la venta de la vivienda familiar privativa de la esposa (8 millones de pesetas de 1993). Por ello, se falla que nace a favor de la esposa un crédito contra la sociedad de gananciales a incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales determinado en 85.159,36 euros, cantidad pedida por la esposa que no fue debatida por el marido.

A la atribución de ganancialidad del artículo 1355.1 del Código civil cabe incorporar las puntualizaciones realizadas a propósito del párrafo primero. El bien adquirido conjuntamente por ambos cónyuges constante la sociedad de gananciales, sin atribuir cuotas entre ellos, tendrá carácter ganancial, cualquiera que sea la procedencia del dinero empleado y cualquiera que sea la forma y plazos en que se satisfaga el precio. La vivienda familiar se inscribirá a nombre de los dos cónyuges con carácter ganancial, por haberla adquirida en forma conjunta sin atribución de cuotas, de acuerdo con el artículo 93.1 del Reglamento hipotecario.

3. ADQUISICIÓN POR UN CÓNYUGE

La adquisición de la vivienda familiar por un solo cónyuge diferencia según se adquiera antes del inicio de la sociedad de gananciales o vigente el régimen de gananciales.

La compra de la vivienda familiar por un solo cónyuge con pago completo del precio antes del inicio de la sociedad de gananciales otorga a la vivienda familiar el carácter de bien privativo del cónyuge, naturaleza que no cambia porque luego se transforme en la vivienda familiar del matrimonio.⁽²³⁾

La adquisición por un solo cónyuge a título gratuito concede al bien adquirido carácter privativo (art. 1346.2.º del Código civil), sin que la mera voluntad unilateral del cónyuge adquirente pueda mutarlo a bien ganancial. En este sentido, se manifiesta la Sentencia de 15 de enero de 2024⁽²⁴⁾. En el caso enjuiciado, con unos hechos interesantes, se formalizan en sendas escrituras públicas la compraventa de una vivienda y de un local celebradas en documentos privados y pagadas íntegramente muchos años antes. Pero en ambas escrituras son los dos hijos del comprador quienes figuran como compradores, *comprando* a mitades indivisas la nuda propiedad de la vivienda (el padre y la madre adquirirían el usufructo vitalicio) y la plena propiedad del local. Es preciso hacer notar que en la escritura el hijo señaló expresamente que adquiriría para su sociedad de

(23) Comparte esta opinión MORENO MOZO, RJN, p. 115.

(24) STS núm. 35/2024 de 15 de enero (JUR 2024\26133).

gananciales, si bien su esposa no intervino en la escritura. El litigio se plantea en la liquidación de la sociedad de gananciales del hijo disuelta por divorcio. En primera instancia, las cuotas indivisas del marido se calificaron con carácter ganancial por atribución expresa del artículo 1355 del Código civil, pero también porque el juzgado «entendió que no podía amparar una actuación fraudulenta dirigida a facilitar la transmisión hereditaria de bienes» (razón que nada tiene que ver con la atribución de carácter ganancial o privativo al bien). La Audiencia confirmó la calificación ganancial sobre la voluntad del marido de otorgar carácter ganancial a los inmuebles, dado que hizo constar que adquiriría para la sociedad de gananciales, sin realizar ningún tipo de reserva, ni señalar la procedencia de las cantidades abonadas. El Tribunal Supremo casa la sentencia, declara relevante que el padre comprara y pagara las fincas, que facilitara la transmisión sin contraprestación al hijo y que no interviniera la esposa del hijo. Respecto a la posible cuestión hereditaria precisa: «Aunque pueda ser censurable que el padre, sin esperar a la sucesión, facilitara que la titularidad de los dos inmuebles pasara a sus hijos sin llevar a cabo una donación, tal reproche no permitiría alterar la calificación de los bienes recibidos sin contraprestación por el esposo a efectos de su régimen económico matrimonial». Se basa el Alto Tribunal en que la escritura contenía un nuevo consentimiento contractual del marido en estado de casado, por el que *compró* directamente al vendedor, sin mediar contraprestación por su parte, por lo que la adquisición de las cuotas indivisas de los inmuebles fue a título gratuito (art. 1346.2.º del Código civil), que no cabe entender recaída una atribución de ganancialidad del artículo 1355.1 del Código civil, dado que la esposa no había intervenido en la escritura pública, y que la mera constancia en la escritura de que adquiere para la sociedad conyugal no es suficiente para alterar su carácter privativo⁽²⁵⁾.

La adquisición a título oneroso de la vivienda familiar por un cónyuge constante el régimen de gananciales tendrá la calificación que se derive

(25) Justifica esta sentencia la razón por la que no cabe admitir una atribución expresa de ganancialidad: «el artículo 1355 del Código civil no contempla la atribución de ganancialidad de manera unilateral, por voluntad de un solo cónyuge. La declaración del cónyuge que, al adquirir un bien en solitario, manifiesta hacerlo para su sociedad de gananciales, es coherente con la presunción de ganancialidad (art. 1361 del Código civil), pero por sí sola no atribuye al bien adquirido la condición de ganancial». La atribución expresa de ganancialidad exige el «común acuerdo» de los cónyuges, correspondiendo al cónyuge que no adquiere la prueba de la existencia del acuerdo, «dado que constituye un hecho positivo exigido por la norma como presupuesto para la atribución de la ganancialidad». Continúa la sentencia determinando la inexistencia de aportación del bien a la sociedad de gananciales: «Tampoco consta una voluntad común de los esposos, al amparo de la autonomía de la voluntad que rige en materia de régimen económico matrimonial, de atribuir carácter ganancial a los bienes (art. 1323 del Código civil), sin que la sola manifestación del marido de adquirir para la sociedad de gananciales cambie la naturaleza privativa del bien».

Esta argumentación había sido expuesta en la STS 21 febrero 2023.

de la actuación o expresión del cónyuge adquirente⁽²⁶⁾. Si el cónyuge no realiza ninguna manifestación, al estar casado en régimen de gananciales, se presume que el dinero empleado en la compra es dinero ganancial, por lo que el bien tendrá la calificación de presuntivamente ganancial (art. 94.1 del Reglamento hipotecario). En este sentido, la Sentencia de 9 de diciembre de 2021⁽²⁷⁾ aplica esta calificación a una de las dos viviendas en litigio. Se trata de la venta en pública subasta de una vivienda heredada por cuatro hermanos a partes iguales, que la esposa –una de las hermanas– adquiere respecto al 75 % correspondiente a sus tres hermanos al efectuar la puja más alta. La esposa no justificó la procedencia del dinero, por lo que se presume la utilización de dinero ganancial, trasladando ese carácter al 75 % de la vivienda adquirida por subrogación real (art. 1347.3 del Código civil). El 25 % restante de la vivienda se califica por la sentencia de privativo por condominio hereditario, por lo que le pertenecía de manera privativa por haberlo adquirido a título gratuito por herencia.

Si el cónyuge manifiesta que adquiere la vivienda familiar para la sociedad de gananciales, se presume, asimismo, que el dinero empleado en la compra es dinero ganancial, procediéndose a la inscripción con carácter ganancial (art. 93.4 del Reglamento hipotecario). *Obiter dicta*, la Sentencia de 21 de febrero de 2023 precisa textualmente: «Si se trata de un inmueble, la manifestación del cónyuge de que el bien se adquiere para la sociedad da lugar a que el bien se inscriba a nombre del cónyuge adquirente con esta indicación (art. 93.4 del Reglamento hipotecario), sin que para ello se exija demostración de que los fondos invertidos son gananciales. Por el contrario, aunque el dinero empleado fuera privativo, la inscripción del bien adquirido como privativo del cónyuge requiere la justificación del carácter privativo del precio mediante prueba documental pública. Esta previsión expresa del artículo 95.2 del Reglamento hipotecario es coherente con el tipo de prueba que puede apreciar el registrador de la propiedad. En consecuencia, parece razonable concluir que la condición de ganancial basada en la sola declaración del cónyuge adquirente es meramente presuntiva y *el adquirente puede probar en un proceso judicial el carácter privativo de los fondos a efectos de que se declare que el bien adquirido es privativo*».

(26) Un cónyuge casado en régimen de gananciales puede adquirir la vivienda familiar como bien privativo, cuando legalmente se le atribuya ese carácter de conformidad con el artículo 1346 del Código civil o cuando justifique *mediante prueba documental pública* el carácter privativo del dinero aportado para la compra. En este sentido la RDGSJFP núm. 10408/2022 de 30 de mayo (RJ 2022\3345) exige que la privatividad del dinero privativo goce de una acreditación documental plena y quede totalmente cubierta por la fe notarial. Al no haber quedado adecuadamente probado el carácter privativo del dinero utilizado en el supuesto, resuelve negando la inscripción como bien privativo.

(27) STS núm. 849/2021 de 9 de diciembre (RJ 2021\5464). Véase MARIÑO PARDO, DF, pp. 124-136.

Como puede observarse, del último inciso se deriva que la manifestación expresa y unilateral del cónyuge adquirente de que adquiere para la sociedad de gananciales concede al bien carácter presuntivamente ganancial, que puede ser desvirtuada por la ulterior prueba del carácter privativo de todo o parte del dinero abonado, alterándose la naturaleza ganancial a favor de un carácter privativo o proindiviso (arts. 1346 y 1354 del Código civil).

Sin embargo, considero solo es meramente presuntiva la adquisición por un cónyuge casado en régimen de gananciales cuando no realiza ninguna manifestación (art. 94.1 del Reglamento hipotecario).

Por otra parte, la adquisición de un bien por un cónyuge con carácter totalmente privativo o en proindiviso entre el cónyuge comprador y la sociedad de gananciales exige que la prueba del carácter privativo del dinero utilizado –y en su caso, la asignación de cuotas– se realice en el momento de la adquisición del bien. De modo que cuando un cónyuge adquiere expresamente para la sociedad de gananciales, la ulterior prueba de que todo o parte del dinero invertido tenía carácter privativo no produce el efecto de mutar la naturaleza del bien comprado. Asimismo, cuando el bien adquirido por un solo cónyuge se ha inscrito como ganancial por la manifestación unilateral de haberse adquirido para la sociedad de gananciales, dicha calificación no puede alterarse por la voluntad contraria del adquirente, dado que «no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona» (art. 95.6 del Reglamento hipotecario). La posterior declaración y prueba del cónyuge adquirente de que había adquirido con dinero privativo en todo o en parte, no permite mutar la naturaleza ganancial, pero hace surgir un derecho de reembolso al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales por el valor actualizado del dinero privativo aportado para la adquisición.

4. ADQUISICIÓN A PLAZOS

La adquisición a plazos tiene una regulación específica en sede de sociedad de gananciales en atención a que el primer y los ulteriores plazos puede pueden abonarse con dinero procedente de diferentes masas patrimoniales.

En primer lugar, es preciso señalar que, a los efectos del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, se equipara a la compra a plazos (en la que el vendedor recibe el precio fraccionado) la adquisición mediante un préstamo (hipotecario o no), en la que el vendedor recibe la totalidad del precio, surgiendo la obligación del comprador –casado en



gananciales— de abonar a la entidad financiera —o al prestamista— el precio (y los intereses) en los plazos de tiempo establecidos⁽²⁸⁾.

La adquisición a plazos se regula en el artículo 1357 del Código civil, cuando se realiza antes del inicio de la sociedad de gananciales, y en el artículo 1356 del Código civil cuando adquiere un cónyuge constante matrimonio⁽²⁹⁾. Pero únicamente el artículo 1357 del Código civil contiene una regulación propia para la vivienda familiar.

En efecto, el artículo 1357.1 del Código civil sobre la compra a plazos por un solo cónyuge antes de iniciar la sociedad de gananciales concede al bien comprado la naturaleza de bien privativo del comprador «aun cuando la totalidad o parte del precio se satisfaga con dinero ganancial»; de manera que el posterior inicio de la sociedad de gananciales y abono de plazos con dinero ganancial no muta la naturaleza del bien, que seguirá siendo privativo del cónyuge comprador⁽³⁰⁾.

El párrafo segundo del artículo 1357 del Código civil contempla una regulación específica para la compra a plazos de la «vivienda y ajuar familiares» realizada por un solo cónyuge antes de comenzar la sociedad de gananciales. Exceptúa la vivienda familiar de la regla general del párrafo primero —que le dotaría de carácter privativo—, para remitir su naturaleza al artículo 1354 del Código civil. Dicho precepto prevé que el bien adquirido con dinero ganancial y dinero privativo corresponderá en proindiviso

(28) La STS núm. 619/2024 de 8 de mayo (JUR 2024\137847) ha consolidado una doctrina unánime que equipara a los efectos del artículo 1357 del Código civil el pago del préstamo para financiar la adquisición de la vivienda con el pago aplazado del precio de la compraventa. En este sentido la primera STS 31 octubre 1989 (RJ 1989\7038), ha sido seguida por las SSTs 7 junio 1996 (RJ 1996\4826), núm. 313/2000 de 3 de abril (RJ 2000\2341), 1150/2000 de 18 de diciembre (RJ 2000\10396), 1111/2006 de 3 de noviembre (RJ 2006\9430), 354/2007 de 16 de marzo (RJ 2007\1861) y 465/2016 de 7 de julio (RJ 2016\3722).

(29) El artículo 1356 del Código civil regula la adquisición a plazos por un cónyuge constante el régimen de gananciales, otorgando al bien adquirido el carácter ganancial o privativo en correspondencia al carácter ganancial o privativo del primer desembolso. Sobre el origen, interpretación y aplicación de este precepto a la vivienda familiar, véase SANCINENA ASURMENDI y GAGO SIMARRO, 2021, pp. 94-100. Cabe añadir a BLANDINO GARRIDO (AJI, p. 89) entre los autores que excluyen la vivienda familiar del ámbito del artículo 1356 del Código civil a favor del artículo 1354 del Código civil.

No obstante, es preciso señalar que son escasos los litigios que han llegado al Tribunal Supremo, debido quizás al hecho de que las entidades financieras requieren el consentimiento de los dos cónyuges casados en sociedad de gananciales para conceder un préstamo hipotecario. Téngase en cuenta que la adquisición con préstamo ha incrementado su complejidad por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, requiriéndose, a efectos registrales, la escritura pública de compraventa, la escritura por la que se constituye el derecho de hipoteca y el acta de transparencia. Véase DIEGUEZ MORÁN, 2023, pp. 273-277.

(30) La compra a plazos por un solo cónyuge de un bien —que no sea la vivienda familiar— tendrá carácter privativo del cónyuge comprador. Pero en el caso de que se pague con dinero ganancial —en la totalidad o en parte— surgirá un crédito a favor de la sociedad de gananciales respecto del cónyuge propietario por el importe actualizado del dinero ganancial invertido en la compra del bien que se inventariará en el activo al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1397.3.º del Código civil).

a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones.

Por ello, cuando es un solo cónyuge quien compra a plazos la vivienda y ajuar familiares, el artículo 1357.2 del Código civil prevé que la vivienda familiar se considere en proindiviso entre el cónyuge comprador y la sociedad de gananciales en proporción a las respectivas aportaciones (art. 1354 del Código civil)⁽³¹⁾.

En caso de que sean ambos cónyuges quienes compren a plazos y en proindiviso un bien antes del inicio de la sociedad de gananciales, cabrá aplicar el mismo principio y entender que el bien seguirá siendo privativo en proindiviso de los dos cónyuges⁽³²⁾. Pero cuando ese bien adquirido a plazos por ambos cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales sea la vivienda familiar, se le aplicará la regla del párrafo segundo del artículo 1357 del Código civil que hace una remisión al artículo 1354 del Código civil, que se aplica tanto a la adquisición por un cónyuge como a la adquisición por los dos cónyuges.

Por tanto, cuando los novios o los miembros de la pareja compran a plazos lo que será –o es– la vivienda familiar, al momento de la compra la vivienda tiene carácter en proindiviso en proporción a las aportaciones privativas de ambos novios, y como tal se inscribe en el Registro de la Propiedad. El posterior matrimonio y comienzo de la sociedad de gananciales,

(31) La aplicación de esta regla no se ve impedida, aunque la cuantía de los plazos sea exigua, como señala la STS núm. 619/2024 de 8 de mayo (JUR 2024\137847) a la vez que precisa su justificación. En el caso enjuiciado, la sociedad de gananciales tuvo una vigencia de cuatro meses antes de las capitulaciones matrimoniales que la disolvieron e introdujeron el régimen de separación de bienes: «En este sentido la jurisprudencia de esta sala ha entendido que la regla, que trata de favorecer a la comunidad pensando en la frecuente diferencia entre el valor efectivo de la vivienda en el momento de la liquidación frente al valor del reembolso, es aplicable también cuando los plazos satisfechos durante la vigencia del régimen de gananciales son escasos. Así, en la STS 450/1996, de 7 de junio (RJ 1996\4826) [citada por la sentencia 354/2007 de 16 de marzo (RJ 2007\1861)], se consideró el carácter mixto de la vivienda, ganancial en la cuota que represente el plazo pagado por la sociedad de gananciales del total precio del piso que quedó aplazado, y se casó la sentencia que había rechazado la aplicación del régimen legal atendiendo a la exigua cantidad pagada por la sociedad de gananciales respecto del total que se adeudaba por el fallecido esposo». Proceden las dos sentencias citadas del mismo supuesto de hecho en la que el marido comprador había fallecido a los cuatro meses de contraer matrimonio, produciéndose un único pago durante la vigencia de la sociedad de gananciales que correspondía a una cuota indivisa de carácter ganancial de 1,557 %.

(32) En caso de que ambos cónyuges compren conjuntamente a plazos antes de comenzar la sociedad de gananciales un bien distinto de la vivienda familiar, el bien mantendrá el carácter en proindiviso privativo de ambos cónyuges. Si los plazos se abonan –en todo o en parte– con dinero ganancial nacerá a favor de la sociedad de gananciales sendos créditos por el importe actualizado del dinero ganancial invertido en la compra del bien, siendo los deudores cada cónyuge en proporción a las cuotas asignadas (art. 1397.3.º del Código civil). Estos créditos carecen de virtualidad económica *inter partes* cuando las cuotas indivisas del bien corresponden por mitades a cada cónyuge. Pero el reembolso del pago con dinero ganancial –común por mitades a los cónyuges (art. 1344 del Código civil)– tendrá repercusión económica afectando en la relación interna de los cónyuges a la liquidación del régimen de gananciales cuando la proporción de las cuotas de cada cónyuge no sea por mitades.

con el abono de plazos con dinero ganancial, muta la naturaleza en proindiviso privativa para hacer nacer una *nueva* cuota de carácter ganancial en proporción a la aportación de dinero ganancial.

Este precepto se presenta como una protección especial de la vivienda familiar, que altera su naturaleza cuando los plazos se abonan con dinero ganancial, diferenciándose de la compra de otros bienes en los cuales el abono de los plazos con dinero ganancial hace nacer un crédito que se incluirá en la liquidación del régimen a favor de la sociedad de gananciales contra el cónyuge que compró el bien de naturaleza privativa.

Esta nueva cuota ganancial puede tener acceso al Registro de la Propiedad, aunque la vivienda estuviera inscrita con carácter proindiviso privativo. El artículo 91.2 y 3 del Reglamento hipotecario permite actualizar la naturaleza de la vivienda familiar adquirida a plazos y la cuota ganancial, mediante nota marginal del abono de los pagos con dinero ganancial a cuenta del precio aplazado⁽³³⁾.

Tanto el artículo 1354 del Código civil como el artículo 91.2 y 3 del Reglamento hipotecario hacen corresponder las cuotas privativas y ganancial con la proporción de aportaciones satisfechas.

Sin embargo, esto merece alguna explicación cuando son los dos cónyuges –o futuros cónyuges– quienes adquieren la vivienda familiar a plazos, debido a que el acuerdo de los cónyuges sobre el carácter del bien y sobre la proporción de las cuotas, cuando no concuerdan con la proveniencia del dinero o fondos utilizados en su adquisición, prima sobre el carácter legal asignado en proporción a la procedencia del dinero privativo o ganancial.

Destaca a este respecto la Sentencia de 8 de mayo de 2024⁽³⁴⁾. En el caso enjuiciado, ambos cónyuges compran conjuntamente de solteros la vivienda familiar, pero formaliza la escritura pública únicamente el marido, para poder lucrarse de una subvención pública. No obstante, con la misma fecha de la escritura, los cónyuges pactan en documento privado que el porcentaje asignado sea el 60 % para la mujer y el 40 % para el marido, ambos con carácter privativo. Posteriormente, al contraer matrimonio, inician un régimen de gananciales que dura cuatro meses, pues pactan en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes. Diez años después el Juzgado de violencia sobre la mujer dicta el divorcio y se procede al inventario del activo y pasivo de la sociedad de gananciales, momento en el que se cuestiona la naturaleza de la vivienda familiar. El Juzgado declara la naturaleza de la vivienda familiar en correspondencia con el pacto privado firmado (privativo al 60-40 %). La

(33) Comparte esta opinión REBOLLEDO VARELA, 2023, p. 96.

(34) STS núm. 619/2024 de 8 de mayo (JUR 2024\137847).

Audiencia Provincial estimó el recurso al entender que la vivienda familiar debería tener una cuota ganancial, por lo que la cuota de la esposa no puede alcanzar el 60 %. El Tribunal Supremo ante el deficiente planteamiento de los motivos de casación, desestima el recurso y traslada a un ulterior procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, la determinación de las cuotas indivisas de la vivienda familiar. Sin embargo, se vislumbra que de haberse solicitado por el procedimiento adecuado, la sentencia habría fallado a favor de la validez del pacto de los cónyuges, dando preferencia a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges sobre la regla de la atribución en proporción a la procedencia ganancial o privativa de los fondos invertidos, es decir 60-40 %, privativo de ambos cónyuges, sin parte indivisa para la sociedad de gananciales.

La preferencia de la autonomía de la voluntad sobre la regla del artículo 1354 del Código civil por remisión del artículo 1357. 2 del Código civil se había admitido anteriormente en la Sentencia de 28 de febrero de 2023⁽³⁵⁾. En el caso enjuiciado, las cónyuges habían comprado de solteras la vivienda familiar a plazos con préstamo hipotecario, pactando expresamente que adquirirían por mitades indivisas, pero aportando el dinero de carácter privativo una sola de ellas. Al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales se discute sobre el porcentaje privativo, si debía ajustarse a la procedencia del dinero privativo invertido que provenía de una sola de las cónyuges o si se mantenía el porcentaje a partes iguales pactado entre las cónyuges. El fallo da preferencia a la voluntad de las partes expresada en la compraventa, y atribuye las cuotas privativas por mitades entre las cónyuges. En consecuencia, y al haber aportado el dinero una sola de las cónyuges, reconoce a su favor un derecho de reembolso por la mitad actualizada del dinero utilizado en la compra. Así, la prueba de la aportación de dinero privativo no altera la naturaleza del bien, pero hace surgir un derecho de reembolso a favor de la cónyuge aportante, al darse prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes.

En suma, lo preceptuado en el artículo 1357.2 y su remisión al artículo 1354 del Código civil, en el sentido de modificar la naturaleza de la vivienda familiar, determinando las cuotas –ganancial y privativas de uno y otro cónyuge– en proporción al carácter privativo –de uno y otro– o ganancial del dinero aportado, queda sometido a la voluntad conjunta de los cónyuges en sentido contrario. Pero en caso de prevalecer el acuerdo de los cónyuges que no se ajuste a la procedencia del dinero, surgirá un crédito a favor del cónyuge aportante por el importe actualizado del pago con dinero privativo.

(35) STS núm. 319/2023 de 28 de febrero (RJ 2023\1659).

BIBLIOGRAFÍA

- BENAVENTE MOREDA, P., «Sociedad de Gananciales. Inclusión en el inventario de la aportación realizada para la adquisición de vivienda familiar, en régimen de copropiedad y por partes iguales antes de comenzar la sociedad. Derecho de reembolso entre masas privativas por deudas personales. Acuerdo de atribución de copropiedad. Comentario a la STS 319/2023, de 28 de febrero, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 123, 2023, pp. 1-21 (BIB 2023\2772).
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «El derecho de reembolso en el régimen de sociedad de gananciales», en *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo: liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1047-1068.
- BLANDINO GARRIDO, M.^a A., «La adquisición de la vivienda familiar en el régimen de gananciales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, agosto, 2023, pp. 70-103.
- CALAZA LÓPEZ, A., «Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del artículo 1324 del Código civil», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 35, 2022.
- CHAPARRO MATAMOROS, P., «El derecho de reembolso en la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Entre persona y familia*, Reus, Madrid, 2023, pp. 686-714.
- DIÉGUEZ MORÁN, M., «El consentimiento del cónyuge en la adquisición financiada de la vivienda familiar», en *La Vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 265-277.
- GALLARDO RODRÍGUEZ, A., «La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 37, 2023, pp. 3-27.
- GÓMEZ BELLO PAGLIARO, A. F., «Adquisición de un inmueble por uno o ambos cónyuges terminando de abonar su precio constante la sociedad de gananciales», en *Fortalezas y debilidades del derecho de familia –contemporáneo: liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1171-1184.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Cuestiones civiles y registrales de actualidad en relación a la vivienda habitual familiar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, 2023, pp. 384-413.
- LÓPEZ FRÍAS, A. M.^a, «La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, núm. 4, 2022, pp. 269-301.
- MARINO PARDO, F. M., «El pacto de atribución de ganancialidad del artículo 1355 del Código Civil en la jurisprudencia reciente», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 35, 2022, pp. 104-136.

A. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

- MORENO MOZO, F., «La titularidad de la vivienda familiar adquirida a plazos y el régimen de gananciales», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 117, 2023, pp. 111-174.
- PLATERO ALCÓN, A., «Apuntes sobre la autonomía de los cónyuges en la determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20 bis, junio, 2024, pp. 690-727.
- REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Liquidación de la sociedad de gananciales: la vivienda familiar y su repercusión en el inventario (una perspectiva jurisprudencia)», en *La vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 89-130.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., «Liquidación de la vivienda familiar en condominio ordinario de los cónyuges», en *La Vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 43-87.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., y GAGO SIMARRO, C., «Ganancialidad y adquisición de bienes con dinero privativo», en *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 37-108.
- «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXXV, fascículo 4, 2022, pp. 1451-1521.

B. La vivienda familiar en la crisis matrimonial y de pareja⁽¹⁾

Carmen López-Rendo Rodríguez

Profesora Titular de Universidad

Universidad de Oviedo

<https://orcid.org/0000-0003-3407-2363>

clrendo@uniovi.es

Resumen: *Se analizan los criterios legales para la atribución del uso de la vivienda familiar y la jurisprudencia que los interpreta.*

Palabras clave: *Derecho de uso de la vivienda familiar; hijos mayores de edad, parejas de hecho.*

Abstract: *The legal criteria for the attribution of the use of the family home and the case law that interprets them are analysed.*

Keywords: *Right of use of the family home, children of full age, unmarried partners.*

(1) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00) cuya investigadora principal es Matilde Cuenca Casas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Sumario: 1. Atribución del uso de la vivienda familiar. 2. Criterios de atribución. 2.1 Acuerdo entre las partes. 2.2 Existencia de hijos menores. 2.3 Discapacidad. 2.4 Inexistencia de hijos o existencia de hijos mayores de edad. 3. Extinción. 3.1 Mayoría de edad. 3.2 Cesión gratuita de inmueble para vivienda unifamiliar entre familiares o personas con relación de afectividad. 3.3 No precisar el hijo menor la vivienda familiar. 4. Atribución en parejas de hecho. 4.1 Pareja con hijos comunes menores de edad. 4.2 Pareja de hecho sin descendencia común menor de edad. 5. Conclusión. Bibliografía.

1. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Una de las cuestiones más conflictivas en las crisis de pareja es la atribución del uso de la vivienda familiar tanto si hay hijos menores como si no los hay⁽²⁾.

La atribución del uso de la vivienda familiar viene regulada en el artículo 96 del Código civil que fue objeto de reforma mediante Ley 8/2021 de 2 de junio en el siguiente sentido:

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

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

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

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

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

(2) Ver SIFRE PUIG, R., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte», *Revista crítica de Derecho inmobiliario* núm. 783, pp. 135-221.

Este precepto plantea varios problemas que no han sido resueltos con la reforma de 2021, comenzando por el concepto de «vivienda familiar»⁽³⁾, que se introdujo por el legislador del 7 de julio de 1981. Hasta esa reforma el artículo 68.1 según la redacción introducida por la reforma de 24 de abril de 1958, hablaba de «vivienda común»⁽⁴⁾.

1) El primer problema que nos encontramos es el significado de «vivienda familiar»⁽⁵⁾. Ninguna normativa proporciona un concepto de vivienda familiar.

(3) El Diccionario de la Real Academia española define el término vivienda como lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas, estableciendo como sinónimos casa, hogar, domicilio, morada, residencia, piso, apartamento. Proviene del latín *vivenda* que significa cosas con que o en que se ha de vivir. El término familiar significa perteneciente a la familia. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Régimen económico del matrimonio*, ERDP, 1982, pp. 61 ss. señala que la residencia habitual será aquella donde la familia tiene establecido su domicilio; es decir, el lugar donde ejerce sus derechos y cumple con sus obligaciones (art. 40 CC). MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2.º, del Código Civil*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pp. 48 y 49, define la vivienda familiar como «el lugar donde habitualmente y con continuidad, se desarrolla de hecho la convivencia de la familia, entendida en el sentido de familia nuclear[...] quedan excluidos [...] los locales de negocio. También los garajes y trasteros, salvo [...] los que sean anejos a la vivienda propiamente dicha». PÉREZ UREÑA, A. A., *La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones prácticas*, Madrid, 2008, define la vivienda familiar como aquella en la que todo individuo establece o quiere establecer un centro vital permanente, constituyendo su hogar o sede de su vida doméstica; ESPIAU ESPIAU, S., *La Vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, 1992, p. 37, indica que la vivienda familiar es la sede de domicilio conyugal cuando éste se concreta en un inmueble. GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *El hogar y el ajuar en la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, coordinado por Viladrich, P. J., EUNSA, Pamplona, 1986, p. 71, resalta que la vivienda y el mobiliario familiar debe determinarse con criterios empíricos y realistas, allí donde de hecho, residen los cónyuges y los hijos con habitualidad. CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *Tratado de derecho de la familia*, Yzquierdo Tolsada – Cuena Casas (dir.), Vol. 3, 2011, p. 278, destaca la necesidad de que exista una afección del inmueble a las necesidades familiares que subsiste una vez acaecida la crisis y estima que no debería tener la consideración de vivienda familiar aquella que no es sede del domicilio conyugal fijado de común acuerdo. De hecho, el artículo 105 del Código Civil parece que utiliza el término domicilio conyugal como sinónimo de vivienda familiar. Comparto la opinión de la autora cuando afirma en la p. 283, que en situación de crisis matrimonial en la que ya no cabe hablar de domicilio conyugal, la vivienda debe referirse a la que lo fue durante el matrimonio, proponiendo la existencia de una presunción a favor de la coincidencia entre el concepto de vivienda familiar acreedora de un régimen especial y el concepto de domicilio conyugal.

(4) Artículo 68.2 Código civil según la redacción establecida en la reforma de 24 de abril de 1958: «Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquella».

(5) Para indicar la vivienda familiar, el Código civil utiliza diversos términos. En la situación de crisis familiar, el artículo 96 CC se refiere a «vivienda familiar». Respecto a la disposición general aplicable a todos los regímenes económicos matrimoniales, el artículo 1.320 utiliza la expresión «vivienda habitual de la familia». El artículo 1406 CC «vivienda donde tuviere la residencia habitual». El artículo 1357 en sede de gananciales vivienda y ajuar familiares y el art. 91 RH: «Vivienda habitual de la familia». CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *Tratado de derecho de la familia*, Yzquierdo Tolsada – Cuena Casas (dir.), Vol. 3, 2011, pp. 277-278 estima más adecuado

Entre las primeras sentencias que establecen un concepto de vivienda familiar se encuentra la STS, s.1.^a de 31/12/1994 núm 1199/14. Ponente: Jesús Marina Martínez-Pardo⁽⁶⁾, que la concibe como un *«bien familiar, no patrimonial (lo que debemos entender en el sentido de subordinar su valor o utilidad económica a la satisfacción de las necesidades familiares), al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario.»*

La STS, s.1.^a de 16/12/1996 núm. 1085/1996. Ponente: José Almagro Nosete⁽⁷⁾. FJ 7.º: *«la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos»*. Concepto seguido en la STS, s.1.^a de 10/03/1998⁽⁸⁾.

La STS 1.^a de 31 de mayo de 2012 núm. 340/12⁽⁹⁾, a los efectos de atribución de su uso en los procesos matrimoniales previsto en el Art. 96 CC, señala que *« en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar»*, y define la vivienda familiar a estos efectos de la siguiente manera: *«La aplicación del artículo 96 C. C 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*

el término «vivienda familiar», al carecer, en el Derecho civil, la vivienda habitual de especialidad de régimen si no reside en ella una familia.

(6) STS, s.1.^a de 31/12/1994 núm 1199/14. Ponente: Jesús Marina Martínez-Pardo. Roj: STS 20231/1994 – ECLI: ES: TS:1994:20231: *«Pero siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso»*. Ver ESPIAU ESPIAU, S., «Comentario a la STS 31 de diciembre de 1994», *Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 38, 1995, pp. 647 ss.

(7) La STS, s.1.^a de 16/12/1996 núm. 1085/1996. Ponente: José Almagro Nosete. Roj: STS 7256/1996 – ECLI: ES: TS:1996:7256.

(8) STS, s.1.^a de 10/03/1998 núm 212/98. Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz. Roj: STS 1600/1998 – ECLI: ES: TS:1998:1600.

(9) STS, s.1.^a 340/2012 de 31 de mayo de 2012. Ponente Encarnación Roca Trías. Roj: STS 3850/2012 – ECLI: ES: TS:2012:3850.



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 artículo 70 C. C, en relación al domicilio de los cónyuges».

En el mismo sentido de entender que la vivienda familiar es la habitada por los progenitores y los hijos hasta la ruptura de la pareja se han pronunciado las STS, s.1.^a, de 23 de enero 2017; 22 de septiembre 2017 y 24 de mayo de 2021.

En mi opinión la vivienda familiar es aquella en la que de forma permanente y estable han venido habitando los cónyuges con o sin hijos como centro de convivencia íntima hasta que se ha producido la ruptura matrimonial, con independencia de su titularidad.

Para que se estime que estamos ante una vivienda familiar cuyo uso ha de atribuirse siguiendo los criterios establecidos en el artículo 96 del CC ha de analizarse si cumple los siguientes requisitos de 1/ Habitabilidad⁽¹⁰⁾, lo que conduce a algunos autores⁽¹¹⁾ a excluir las chozas, cabañas, construcciones en ruinas, así como en opinión de Álvarez Álvarez⁽¹²⁾ los barcos, *roulottes*, remolques, tiendas de campaña, etc., al no poder referenciarse de forma individualizada ni en un lugar físico. 2/ Habitualidad⁽¹³⁾. Las viviendas de uso esporádico⁽¹⁴⁾ no pueden ser objeto de atribución del

(10) El legislador nada indica de la necesidad de que reúna unos requisitos mínimos ni que se acredite la misma con cédula de habitabilidad. Ha de tratarse de un lugar habitable tal como ha tenido ocasión de pronunciarse la SAP Madrid, sec.11, de 03/12/2004 «[...] *hogar familiar, que se identifica con el propio de una edificación habitable.*»

(11) HERRERO GARCIA, M. J., «Comentario al art. 1320 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid, 1991, p. 588; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, 1999. CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 284 estima irrelevantes las condiciones en que se produce la habitabilidad.

(12) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid, 2005, p. 381. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Thomson Reuters Aranzadi, 1996, p. 213.

(13) SAP Santa Cruz de Tenerife 22/01/2000: «[...] *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 permanente en el lugar.*». Ver RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, p. 1606, señala que «*el requisito de la habitualidad 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.*». MUÑOZ DE DIOS, M., «*La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil*», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVII, 1987, p. 225, para quien la habitualidad supone el *corpus* y el *animus*.

(14) Ver GARCÍA CANTERO, G., ob. cit., p. 73 estima excluidos los lugares de recreo, los hoteles o pisos adquiridos para vivienda habitual pero no ocupados. La SAP Madrid, Secc. 24 de 12 de febrero 2007 declaró que *no se consideraba vivienda familiar la usada por la familia durante los fines de semana y las vacaciones, teniendo tal consideración la usada durante la semana. Esta*

uso *ex art.* 96 del CC, tal como ha dispuesto la STS, s.1.^a de 9 de mayo núm. 284/2012⁽¹⁵⁾, que ha sentado la siguiente doctrina casacional: «*En los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar*», reiterado en la STS, S.1.^a, de 6 de octubre de 2016⁽¹⁶⁾.

En el Código civil de Cataluña⁽¹⁷⁾, el artículo 223-20.6 dispone: «*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 omisión en el artículo 96 del CC no impide que se adopten medidas relacionadas con su administración, con el establecimiento de cautelas y garantías necesarias, de tal forma que como medidas de administración podría distribuirse el uso de las segundas residencias u otros bienes de forma alterna, sucesiva, etc., hasta que se liquiden según las reglas del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones entre los cónyuges.

3/ Que tenga un uso de vivienda. Lo que excluye los locales de negocio, fábricas, almacenes, locales de negocio, establos y lugares destinados exclusivamente al ejercicio profesional (despachos de abogados, consultas médicas, etc.)⁽¹⁸⁾.

Este requisito plantea el problema de los inmuebles de naturaleza mixta, al dedicarse una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad profesional o empresarial, sin que sea posible la segregación. Comparto la opinión mayoritaria de la doctrina⁽¹⁹⁾ que considera que la finalidad tuitiva de la familia no excluye este bien del estatuto jurídico particular

sentencia reconoce que, en algunas ocasiones, no ha sido extraño atribuir el uso del domicilio familiar propiamente dicho a los hijos y al progenitor custodio, y el uso de la segunda residencia, según los casos, al otro progenitor o incluso alternativamente a uno y otro para poder disfrutar ambos de las vacaciones con los hijos, atendiendo a las circunstancias de la titularidad de los bienes, necesidades, etc.». En sentido negativo de atribución del uso de un inmueble de veraneo sito en la Manga del Mar Menor privativo del esposo se pronunció la SAP Murcia, sec. 1.^a de 1 de septiembre 2004.

(15) STS, S. 1.^a, núm. 284/2012 de 9 de mayo. Ponente: Encarnación Roca Trias. Id Cendoj: 28079110012012100292. Roj: STS 3057/2012 – ECLI: ES: TS:2012:3057. Se sometía a la consideración del TS la atribución a la esposa del uso de un local que no es vivienda familiar, que era propiedad del marido y en que la esposa usaba para el ejercicio de su profesión de médico dentista sin pago de renta o merced.

(16) STS, s.1.^a, de 6 de octubre de 2016 núm. 604/2016. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Id Cendoj: 28079110012016100565. Roj: STS 4277/2016 – ECLI: ES: TS:2016:4277.

(17) Ley 25/2010 de 29 de julio del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a Persona y la Familia. El legislador catalán prevé la posibilidad de atribución de la segunda vivienda si es más apta para satisfacer las necesidades de vivienda del cónyuge y de los hijos. Al utilizar el legislador catalán el término «*otras residencias*», a mi entender está excluyendo otros bienes inmuebles que no constituyen residencias secundarias y no estén ocupados por la familia.

(18) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *ob. cit.*, p. 284.

(19) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *ob. cit.*, p. 285.

que la ley asigna a la vivienda familiar y así lo viene entendiendo la jurisprudencia en la STS, S.1.^a, de 27 de febrero de 2012, núm. 78/2012⁽²⁰⁾ en la que se atribuyó al marido el uso del domicilio familiar, debido a que ejercía allí su profesión de abogado.

4/ Ocupación efectiva por la familia. Que esté habitada por la familia y en ella se desarrolle la convivencia familiar, aun cuando la vivienda familiar fuera propiedad de un tercero⁽²¹⁾.

Las segundas viviendas no se equiparan a domicilio familiar ni en la doctrina⁽²²⁾ ni en la jurisprudencia al no encontrar conexión entre la vivienda y el interés más necesitado de protección, que se presume en la residencia familiar. La STS 284/2012 de 9 de mayo como doctrina jurisprudencial estableció: «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 reiterada en SSTs 340/2012 de 31 de mayo; 129/2016 de 3 de marzo o 604/2016 de 6 de octubre.

De tal forma que la atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que regulen las relaciones entre los cónyuges.

Ahora bien, existen supuestos en los que sí cabe la atribución del uso de otros inmuebles, si ambos progenitores lo acuerdan, tal como se reconoció en la STS 277/2016 de 25 de abril, o existen circunstancias excepcionales que aconsejen la atribución de un inmueble diferente y así lo ha

(20) STS, S.1.^a, de 27 de febrero 2012 núm. 78/2012. Ponente: Encarnación Roca Trias. Id Cendoj: 28079110012012100092. Roj: STS 1082/2012 – ECLI: ES: TS:2012:1082.

(21) La STS, S. 1.^a, de 10 de octubre de 2011 estableció la doctrina siguiente: «El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos». Doctrina reiterada en la STS, S.1, de 30/10/2015 núm. 596/2015 y este requisito exige que no haya perdido tal condición en el momento en que se produce la ruptura matrimonial, de tal forma que, si la progenitora abandonó la vivienda con los hijos, pierde el carácter de familiar tal como ha estimado la SAP Las Palmas, Secc. 4.^a, de 22 de septiembre 2004 y la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1.^a, de 18 de junio de 2007. Igualmente pierde el carácter de familiar por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa/o, al servir de uso a una familia distinta y diferente. La STS, S.1.^a,19/11/2013 Sala Primera de 19 de noviembre de 2013 solo considera vivienda familiar aquella en que la familia haya convivido, con una voluntad de permanencia de manera que usando este criterio se considera que, desaparecida esa familia, bien unida o disgregada, la vivienda ha de perder también la consideración de vivienda familiar.

(22) Ver GARCÍA MAYO, M., *La vivienda familiar y crisis de la pareja*, Reus, 2019, pp. 328 ss., quien considera inadmisibles que en el concepto de «vivienda familiar» tenga cabida cualquier inmueble que, por cualquier título jurídico, se encuentre a disposición de la familia, generalmente, con fines de ocio o recreo o incluso sin uso alguno. Ahora bien, ocasionalmente admite la posibilidad de atribuir el uso de las segundas viviendas en vez de la familiar pro la vía de la interpretación finalista del artículo 96 CC si con ello se atiende en mejor medida la satisfacción de las necesidades del más necesitado de protección.

sostenido la STS 642/2011 de 30 de septiembre y la STS 695/2011 de 10 de octubre⁽²³⁾ que establece como doctrina jurisprudencial la siguiente: «*El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos*».

2) El segundo problema que se presenta es referente al régimen jurídico que se aplica en el supuesto de la existencia de varias viviendas familiares habituales, destinadas a que uno de los cónyuges viva en lugar distinto que el otro cónyuge por razones profesionales o sus hijos por razones de estudio o profesionales. Sifre Puig⁽²⁴⁾ estima que si deberá tener la consideración de vivienda familiar si está al servicio de cualquier miembro de la familia indistintamente, aunque no existe unanimidad en la doctrina.

3) El tercer problema que plantea la atribución del artículo 96 del CC afecta al ámbito objetivo de este derecho de uso. ¿Se aplica exclusivamente a la vivienda familiar? ¿O abarca también otras dependencias utilizadas por la familia afectos a tal fin?

3.1 Garaje, trastero o buhardilla. No existe unanimidad de criterio ni en la doctrina⁽²⁵⁾ ni en la jurisprudencia. En sentido favorable a su inclusión se argumenta que si los tuviera el domicilio como anejo de la vivienda⁽²⁶⁾ si se incluirían junto con la vivienda familiar, siendo este el criterio mayoritario entre las audiencias provinciales⁽²⁷⁾.

(23) STS, s. 1.ª, 695/2011 de 10 de octubre. Ponente: E. Roca Trias. Id Cendoj: 28079110012011100652. Roj: STS 6496/2011 – ECLI: ES: TS:2011:6496. En este caso la AP había atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia la vivienda familiar, cuya propiedad pertenece a los padres del marido y al propio marido, corriendo el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés debe presidir la atribución de la vivienda. El TS revoca la sentencia de la AP y atribuye el uso de la vivienda copropiedad de ambos cónyuges en base el interés superior de la menor al ser adecuada para satisfacer sus necesidades.

(24) SIFRE PUIG, R. F., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte», *RCDI*, 2021, núm. 783, pp. 135-221, en concreto p. 143.

(25) Ver REYES GALLUL, J. L., *ob. cit.*, p. 27 se pronuncia en sentido favorable a la inclusión si son anejos inseparables o complementos de la vivienda, así como que, siendo fincas registrales independientes, estén en el mismo inmueble y pertenezcan a ambos cónyuges. PINTO ANDRADE, C., La atribución del uso, *ob. cit.*, p. 43 considera que ha de demostrarse que la atribución y el aprovechamiento de estos elementos responde a una necesidad, facilitando la vida diaria del solicitante.

(26) SAP Valencia, sec.10 de 4 de noviembre de 2005: «[...] *La asignación del uso de la casa conlleva la de las plazas de garaje por tratarse de espacios anejos a la propia vivienda.*»

(27) Ver SAP de Teruel 95/2006 de 30 de mayo; SAP Palencia 134/2012 de 21 de mayo, SAP Málaga 807/2015 de 21 de diciembre; SAP Cáceres 456/2017 de 3 de octubre; SAP Vizcaya 727/2017 de 22 de noviembre.

Por el contrario, si pueden tener una utilización independiente de la vivienda, quedarían excluidos del ámbito objetivo de aplicación del artículo 96⁽²⁸⁾. En este sentido la SAP, sección 4.^a Las Palmas de Gran Canaria de 17/01/2005 no atribuye el uso del garaje por no quedar incluido dentro del ámbito donde se desarrolla la vida familiar, destacando que fue escriturado como local.

3.2 Jardines o zonas de recreo, tales como piscina, pistas deportivas de vivienda individual o pertenecientes a la comunidad de propietarios, como anejo de la vivienda. No existe unidad de criterio. La SAP Las Palmas, Sección 4.^a de 17 de enero 2005 estimo la no inclusión dentro del ámbito donde se desarrolla la vida familiar de un garaje al haberse escriturado como local.

3.3 Dos fincas registrales independientes que en la realidad física forman una única vivienda familiar que unieron en su día. En este caso estarían ambos incluidos dentro del ámbito objetivo de vivienda familiar sin que sea viable solicitar ni acordar la división del uso de la vivienda familiar. Sin perjuicio de que las partes en el convenio regulador limiten, distribuyan el uso y acuerden la división de la vivienda familiar.

Que no pueda encajar dentro del concepto de vivienda familiar del artículo 96 del CC no significa que no deban solicitarse y acordarse medidas de administración previstas en el artículo 103.4 del CC.

4) Otro de los problemas que se ha venido planteando es el de la naturaleza del derecho de uso, que no es una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Existiendo varias posiciones: la que estima que se trata de un derecho real, quienes sostiene una posición contraria y la postura híbrida de difícil clasificación⁽²⁹⁾. El Tribunal Supremo, se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la atribución del derecho de uso del artículo 96 del CC en la sentencia del pleno de la Sala 1.^a 859/2009, de 14 de enero de 2010, señalando que no constituía un derecho real, sino un derecho de naturaleza familiar, que no implica más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge.

(28) SAP Lleida, Sec 1.^a, de 27 de enero de 2005:» *ni la plaza de aparcamiento ni el trastero pueden considerarse que integren el domicilio familiar*». Ver ANGUITA RIOS, R. M., «Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales» *ADC*, tomo LXIV, 2011, fas. 11, pp. 614-615.

(29) Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de uso ver GARCIA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja, régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2019, pp. 101 a 173; CUENA CASAS, M., «Uso de la Vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *Revista de Derecho Civil*, Vol I, núm. 2 (abril-junio 2014). Estudios, pp. 9-39. La naturaleza del derecho de uso es analizada en las pp. 9-13.

2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

Unos de las cuestiones fundamentales a resolver en los procedimientos de familia, es el referente a la atribución del uso de la vivienda familiar, que es una dimensión específica del deber legal de alimentos entre parientes consagrado en el artículo 142 del CC que comprende «*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*», teniendo en cuenta que si existen hijos menores de edad, siempre ha de atenderse al interés superior del menor, tal como se establece en el artículo 96 del CC⁽³⁰⁾.

El derecho de uso de la vivienda familiar despliega toda su eficacia con la sentencia de separación, nulidad o divorcio, que es el título legitimador que transforma la coposesión en posesión única del beneficiario ex artículo 96 CC, con independencia que la vivienda sea titularidad única y exclusiva de uno de los cónyuges o copropiedad de ambos en régimen de separación de bienes o tenga naturaleza ganancial.

2.1 Acuerdo entre las partes

Lo acordado entre las partes referente a la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar aprobado por la autoridad judicial prevalece sobre las reglas establecidas en el artículo 96 del Código Civil: «*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial*».

Este acuerdo quedará documentado en el Convenio regulador a que se refiere el artículo 90 1.c), en el que, al menos, debe contener la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, el cual deberá estar firmado por ambos cónyuges y ratificado judicialmente para posteriormente ser homologado mediante la resolución judicial pertinente, en la cual quedará incorporado.

El legislador exige que el convenio regulador sea ratificado y homologado judicialmente, siendo este requisito *condictio iuris* de su eficacia ejecutiva, tal como ha reconocido la STS, s.1.ª, núm. 1183/1998 de 21 de diciembre⁽³¹⁾.

(30) Ver STS 622/2013 de 14 de abril: *El principio que aparece protegido en esta disposición es el 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. 142CC).*

(31) STS, s.1.ª, núm. 1183/1998 de 21 de diciembre proclama, la validez de los convenios pactados entre las partes para regular sus relaciones personales y patrimoniales, siendo el requisito de la aprobación judicial *condictio iuris* de su eficacia ejecutiva, al quedar de esta forma incorporado a la sentencia matrimonial; pero no de su validez y eficacia como pacto libremente suscrito entre las partes, y, de esta manera, tras dichas consideraciones, argumenta: «*Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes,*

Estos requisitos plantean el problema de la validez y eficacia de aquellos convenios reguladores firmados por los cónyuges que no han sido ratificados y homologados judicialmente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en STS, s.1.^a, núm. 325/1997 de 22 de abril⁽³²⁾, STS, S.1.^a, núm. 1183/1998 de 21 de diciembre, han sostenido la validez inter partes del convenio regulador y mantiene su eficacia como negocio jurídico de derecho de familia al margen del procedimiento de separación, nulidad o divorcio, siempre que reúnan los requisitos del artículo 1261 CC. El fundamento radica en el valor constitucional de la libertad reconocido en los artículos 1 y 10 CE, teniendo como únicos límites los impuestos a todos los contratantes en el artículo 1255 del CC, de no atentar a las normas imperativas, a la moral, ni al orden público, así como a las formas *ad solemnitatem* que el ordenamiento legal impone a determinados negocios jurídicos (art.1280 CC).

La STS, s.1.^a, núm. 116/2002, de 15 de febrero, insistiendo en tales ideas, señala que: «[...] los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (sentencia de 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general [...] Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 26

siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil, pues como dice la sentencia de 22 de abril de 1997 “no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”».

(32) STS, s.1.^a, núm. 325/1997 de 22 de abril: «Este acuerdo séptimo es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, abogados en ejercicio. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico».

de enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 y 27 enero y 21 diciembre 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGR y N de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter partes a la aprobación y homologación judicial».

Vigencia del principio de la libre autonomía de la voluntad en el marco del derecho de familia que ha reiterado la STS, S.1.^a, núm. 428/2022 de 30 de mayo⁽³³⁾.

Los convenios reguladores no ratificados judicialmente, aun cuando carezcan de eficacia procesal, siguen manteniendo su eficacia jurídica, siendo vinculantes los acuerdos en el contenidos, siempre que no sean contrarios al interés del menor, tal como de forma reiterada han sostenido las STS, s.1.^a, núm. 569/2018 de 15 de octubre; STS, s. 1.^a, núm. 615/2018 de 7 de noviembre⁽³⁴⁾ y la STS, s.1.^a, núm. 904/2023 de 06/06/2023⁽³⁵⁾.

A la vista de lo establecido de forma reiterada por la jurisprudencia del TS, debe concluirse que la atribución del uso de la vivienda familiar acordada en un convenio regulador es válido y eficaz aún en el supuesto que no fuera ratificado ni homologado judicialmente, siempre que se reúnan los requisitos establecidos en la legislación vigente para su plena validez y eficacia como negocio jurídico de derecho de familia, no infrinja el interés del menor y no se hayan modificado sustancialmente las circunstancias, pues la homologación judicial es únicamente un requisito de ejecución procesal.

2.2 Existencia de hijos menores

En defecto de acuerdo entre las partes, o en el supuesto de no aprobación del acuerdo por el Juez, al ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90.2.1CC), el siguiente criterio

(33) STS, S.1.^a, núm. 428/2022 de 30 de mayo. Ponente: JL Seoane Spiegelberg. Id Cendoj: 28079110012022100463. Roj: STS 2176/2022 – ECLI: ES: TS:2022:2176 y 102/2022, de 2 de febrero.

(34) STS, s. 1.^a, núm. 615/2018 de 7 de noviembre. Ponente: E. Baena Ruiz. Id Cendoj: 28079110012018100618. Roj: STS 3739/2018 – ECLI: ES: TS:2018:3739: «*Se trata en este caso de un acuerdo de naturaleza contractual, con las posibles consecuencias contempladas en el artículo 1091 CC. «Por tanto, una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar, en este proceso, las causas de su proceder; bien por el incumplimiento de las exigencias del artículo 1255 CC, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento entonces prestado, en los términos del artículo 1265 CC, o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos como el presente en los que cada cónyuge intervino asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio».*

(35) STS, s.1.^a, núm. 904/2023 de 06/06/2023. Ponente: Seoane Spiegelberg. Id Cendoj: 28079110012023100897. Roj: STS 2539/2023 – ECLI: ES: TS:2023:2539.

para atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar es el de la existencia de hijos comunes, tal como dispone el artículo 96.1 CC: » *En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad*»⁽³⁶⁾.

La superioridad del interés del menor frente a cualquier otro se refleja en el artículo 24 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Observación general 14 adoptada por el Comité de Derechos del Niño el 29 de mayo de 2013 y a nivel nacional el artículo 2 de la LO-PJM, lo que la convierte en materia de orden público⁽³⁷⁾.

Este precepto, clara manifestación del *favor filii* reconocido en el artículo 39 CE que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad, plantea diversos problemas en la atribución del uso de la vivienda familiar según se trate de custodia exclusiva, custodia repartida o custodia compartida.

a) *Custodia exclusiva de los hijos a un progenitor*

La atribución del uso de la vivienda familiar se efectúa a los hijos comunes menores de edad, y por derivación al cónyuge en cuya compañía

(36) A diferencia del artículo 103.2 cc que utiliza el criterio «del interés más necesitado de protección». Esta medida prevista en el artículo 96 Cc, está presidida por el interés del menor, para dar cumplimiento a la Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1959 que proclama el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir una educación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 24.1 reconoce el derecho del niño a la no discriminación y a que se adopten por parte de su familia, la sociedad o el estado medidas de protección que su condición de menor requiere. La Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en su artículo 3.1 establece: «*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*». La Resolución de 29 de mayo de 1987 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que expresamente ordena que en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de estos. El Consejo de Europa, en la Convención sobre el reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños de 1980, basa su contenido en mejorar la protección del interés del mismo.

(37) ROCA TRIAS, E., Comentario al artículo 96 CC, en Código civil comentado Vol I, 2011, p. 608 estima que la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar en este caso tiene un marcado carácter sistencial: cuando se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden es una forma de contribuir a las cargas familiares y cuando se otorga al cónyuge no titular en el caso de no existir hijos del matrimonio se hace en virtud de la protección del interés más digno de ella. La atribución a los hijos busca el mantenimiento de las mismas condiciones familiares existentes antes de la ruptura.

queden hasta que alcancen la mayoría de edad⁽³⁸⁾, como manifestación del principio del interés superior del menor—*favor filii*—, tal como se ha pronunciado el TS, entre otras en STS 1153/2023, de 17 de julio, que cita como antecedentes la doctrina iniciada con la sentencia 671/2012, de 5 de noviembre, posteriormente reiterada por otras muchas (241/2020, de 2 de junio, 351/2020, de 24 de junio y 861/2021, de 13 de diciembre, entre otras).

Esto tiene como consecuencia que el Juez a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar debe observar esta regla, sin que tenga potestad para actuar de forma diferente, tal como ya proclamó la STS 351/2020 de 24 de junio⁽³⁹⁾ y se reiteró en la STS, S.1.^a, núm. 757 de 29 de mayo 2024⁽⁴⁰⁾, salvo que concurran circunstancias excepcionales que pueden ser:

1) La pérdida del carácter familiar de la vivienda, por ejemplo, si el progenitor custodio y los hijos menores hayan abandonado el domicilio familiar y se hayan instalado en otra vivienda sin que tengan necesidad de regresar al originario, o si los hijos menores y el cónyuge en cuya compañía queden han cambiado de lugar de residencia a otra ciudad o país y no tengan intención de regresar.

(38) Limitación temporal introducida por la reforma del artículo 96 CC por la Ley 8/2021 de 2 de junio. Antes de la reforma, esta limitación se abordó ya por la jurisprudencia del TS, entre otras, STS, s.1.^a, núm. 138/2023, de 31 de enero, según la cual: «*La jurisprudencia de la sala también ha entendido, para cuando se supera la menor edad de los hijos, que la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refería el del artículo 96. III CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello “parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes” (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre, 315/2015, de 29 de mayo, 390/2017, de 20 de junio, y 527/2017, de 27 de septiembre, entre otras)».* En el mismo sentido se pronunciaron las SSTT, s.1.^a, 310/2004 de 22 de abril; 100/2006 de 10 de febrero, 181/2014 de 3 de abril, 277/2016 de 25 de abril, 635/2016 de 25 de octubre.

(39) STS, s.1.^a, de 24 de junio 2020 núm. 351/2020: «[...] 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 artículo 96 CC». «[...] 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, 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 la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos 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».

(40) STS, s.1.^a, 29 de mayo 2024 núm. 757/2024. Ponente: J.L. Seoane Spiegelberg. Id Cendoj: 28079110012024100839. Roj: STS 3298/2024 – ECLI: ES: TS:2024:3298.

2) Que el hijo no precise la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios, siempre que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor. Así aparece en el artículo 233-20 CCCat, así como en el art.81.1 CDF aragones. (SSTS 695/2011, de 10 de octubre, 426/2013, de 17 de junio, 284/2016, de 3 de mayo, 861/2021, de 13 de diciembre y 1153/2023, de 17 de julio, entre otras).

3) También debería incluirse el supuesto que unos hijos queden en compañía de un progenitor y otros en la del otro, en el que el Juez resolverá lo procedente.

b) *Custodia de hijos menores repartida entre ambos progenitores*

En el supuesto que se haya distribuido la guarda y custodia de los hijos comunes menores entre ambos progenitores, separando a los hermanos, el juez resolverá lo «procedente». El legislador deja al arbitrio judicial la atribución del uso de la vivienda familiar según las circunstancias del caso. Para ello, tendrá que valorar: 1/ la situación económica de cada grupo familiar 2/ la existencia o no de otras viviendas diferente de la familiar para que cada grupo familiar pueda satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos comunes menores de edad. 3/ Edad y número de los hijos menores que quedan con cada progenitor. 4/ estado de salud de los hijos y de los progenitores, 5/ problemas de adaptación de los hijos a otra vivienda, bien en la misma población o diferente.

En definitiva, el Juez deberá valorar la situación de desamparo y necesidad habitacional en que se encuentran los hijos menores tras la crisis matrimonial, al no existir otro derecho en el patrimonio que le permita facilitar una vivienda digna a los hijos menores.

c) *Custodia compartida*

Ninguna regulación específica en esta materia se encuentra en el artículo 96 CC ni antes, ni después de la reforma del art.96 realizada por ley 8/2021 de 2 de junio, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021.

En estos supuestos, la atribución del uso de la vivienda familiar se ha realizado teniendo en cuenta las siguientes opciones:

1) Casa nido. La atribución del uso de la vivienda se realiza a los hijos comunes menores y a cada uno de los progenitores durante los tiempos que estén en su compañía. De tal forma que cada progenitor debe tener su



vivienda para el tiempo que no resida en la vivienda que vino constituyendo el domicilio familiar, lo que supone elevados gastos que deben afrontar los progenitores, además de los múltiples inconvenientes que generan los cambios de domicilios entre ambos, cuidados de la vivienda, y si rehacen su vida sentimental y familiar con un tercero los problemas se triplican.

Esta modalidad de atribución del uso de la vivienda fue abordada por la sentencia 215/2019, de 5 de abril⁽⁴¹⁾, siendo descartada al tener en cuenta que no existe acuerdo y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (artículo 96 CC).

El argumento de ser un sistema que no vela por el interés del menor y además es incompatible con la capacidad económica de los progenitores se aplica en la sentencia 15/2020, de 16 de enero⁽⁴²⁾.

De manera parecida se pronuncia la sentencia 438/2021, de 22 junio⁽⁴³⁾, en la que se indica que no «tiene sentido la petición concerniente al uso mensual alternativo, modelo de casa nido, que implicaría contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, por ello se descarta en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio», así como la STS, s.1.ª, 870/2021 de 20 de diciembre⁽⁴⁴⁾ en la que se advirtió: [...] *su fijación requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores para coordinar los requerimientos de intendencia y cuidado de la vivienda familiar, con la necesidad igualmente de las correlativas interferencias positivas, en su caso, con las respectivas parejas con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas, que deberán adoptarse también a este concreto modelo de convivencia. «En definitiva, implica una fórmula de economía colaborativa, que deberá contar con la adhesión de los progenitores, que quieran y puedan atender a las exigencias que implica su puesta en marcha, lo que requiere la existencia de un*

(41) STS, S. 1.ª, 215/2019, de 5 de abril de 2019– Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Id. Cendoj: 28079110012019100233. Roj: STS 1363/2019 – ECLI: ES: TS:2019:1363.

(42) STS, S.1.ª, 15/2020, de 16 de enero de 2020– Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Id. Cendoj: 28079110012020100028. Roj: STS 61/2020 – ECLI: ES: TS:2020:61: «[...] *La rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores*».

(43) STS, S.1.ª, 438/2021 de 22 de junio de 2021. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Id. Cendoj: 28079110012021100436. Roj: STS 2550/2021 – ECLI: ES: TS:2021:2550.

(44) STS, s.1.ª, 870/2021 de 20 diciembre 2021. Ponente: Seoane Spiegelberg. Id Cendoj: 28079110012021100901. Roj: STS 4950/2021 – ECLI: ES: TS:2021:4950.

buen “coparenting” –relaciones de los padres entre sí–. Todo ello, además, con el requisito de contar con una capacidad económica suficiente para sufragar los mayores gastos, que exige la adopción de este concreto patrón de decisión. El fracaso de una medida de tal clase lesionaría el interés y beneficio de los menores, en cuanto a su estabilidad y satisfacción de sus necesidades».

Comparto plenamente las reticencias que continúa mostrando la jurisprudencia a la adopción de esta solución y que se detallan en la STS, s. 1.^a, 757/2024 de 29 de mayo 2024⁽⁴⁵⁾: «[...] toda vez que implica contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica, y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, que conlleva a que se descarte su adopción en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio, todas ellas citadas en la más reciente sentencia 438/2021, de 22 de junio» y a su vez se reiteran en la STS, s. 1.^a, núm. 1312/2024 de 14 de octubre⁽⁴⁶⁾ en la que estima el recurso de casación descartando la casa nido al valorar que para acordar un sistema de casa-nido es imprescindible constatar que concurre un alto nivel de entendimiento para planificar la organización, no debiendo acordarse, salvo circunstancias excepcionales, si alguno de los progenitores se opone, pues si no media tal entendimiento el sistema es una potencial fuente de conflictos con alta probabilidad de repercusión negativa en los hijos menores. En el caso enjuiciado no existía acuerdo entre los progenitores y ninguno lo había solicitado.

2) Aplicación analógica del artículo 96.2, actualmente tras la reforma Art 96.1.4 del CC, cuando existiendo varios hijos, unos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente, sin proporcionar criterio alguno.

La ausencia de regulación expresa obligó a la sala 1.^a del Tribunal Supremo a pronunciarse al respecto, adoptando este criterio, entre otras, en sentencias 558/2020, de 26 de octubre; 438/2021, de 22 de junio; 870/2021, de 20 de diciembre; 314/2022, de 20 de abril; 835/2022, de 25 de noviembre y 138/2023, de 31 de enero⁽⁴⁷⁾: «no es de aplicación el párrafo primero del artículo 96 del CC, que se refiere a la custodia exclusiva.

(45) STS, S. 1.^a, 757/2024 de 29 de mayo 2024. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Id. Cendoj: 28079110012024100839. Roj: STS 3298/2024 – ECLI: ES: TS:2024:3298.

(46) STS, s. 1.^a, 1312/2024 de 14 de octubre. Ponente: María Angeles Parra Lucán. Id Cendoj: 28079110012024101271. Roj: STS 4917/2024 – ECLI: ES: TS:2024:4917.

(47) STS, s. 1.^a, 138/2023 de 31 de enero. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán. Id Cendoj: 28079110012023100272. Roj: STS 1009/2023 – ECLI: ES: TS:2023:1009.

Tampoco el párrafo segundo del artículo 96 (matrimonio sin hijos). Con lo que se acude, por razón de analogía, al actual párrafo cuarto del apartado 1 del artículo 96 (atribución de la custodia de los hijos entre los progenitores), en cuyo caso «la autoridad judicial resolverá lo procedente».

Para tomar la decisión oportuna a fin de determinar «lo procedente» se atenderá, como indica la STS, S. 1.^a, núm. 757 de 29 de mayo de 2024⁽⁴⁸⁾, a estos factores: 1/ el interés más necesitado de protección que permita compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida) y 2/ la titularidad de la vivienda (privativa o común) o pertenencia a un tercero, pero siempre con fijación de plazo.

En este sentido, señala la sentencia 95/2018, de 20 febrero⁽⁴⁹⁾ (seguida por las sentencia 295/2020, de 12 de junio, 558/2020, de 26 de octubre, y 438/2021, de 22 de junio), que «[...] cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda (resume la doctrina la sentencia 517/2017, de 13 de septiembre, con cita de otras anteriores)».

Respecto al límite temporal al que se supedita la atribución del uso, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, ha establecido los siguientes plazos, con valoración de las circunstancias concurrentes: 1/ un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril; 434/ 2016 de 27 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre; 314/2022, de 20 de abril; 556/2022, de 11 de julio y 138/2023, de 31 de enero); 2/ dos años (sentencias 593/2014 de 24 de octubre; 465/2015 de 9 de septiembre; 522/2016 de 21 de julio; 513/2017, de 22 de septiembre; 517/2017 de 22 de septiembre, 7/2018 de 10 de enero, 15/2020, de 16 de enero; 558/2020 y 870/2021, de 20 de diciembre y 835/2022, de 25 de noviembre); 3/ tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre; 42/2017 de 23 de enero; 294/2017, de 12 de mayo; 268/2018 de 9 de mayo), 4/ uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero), o, 5/ hasta que se

(48) STS, S. 1.^a, 757/2024 de 29 de mayo de 2024. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Id. Cendoj: 28079110012024100839. Roj: STS 3298/2024 – ECLI: ES: TS:2024:3298.

(49) STS, s.1.^a, 95/2018, de 20 febrero de 2018. Ponente: María de los Angeles Parra Lucán. Id Cendoj: 28079110012018100086. Roj: STS 503/2018 – ECLI: ES: TS:2018:503.

proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo).

3) Atender al interés más necesitado de protección con independencia de la titularidad dominical de la vivienda. Para ello deberá valorarse los periodos de tiempo que pasaran con cada uno, razones objetivas que acrediten una mayor dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular, no disponer del uso de otra, menores ingresos), el estado de salud, los recursos económicos de los progenitores, número de hijos, etc.

4) Si no se acredita el interés más necesitado de protección, y la vivienda familiar sea propiedad exclusiva de uno solo de los cónyuges, el uso de la vivienda se atribuirá al progenitor propietario.

2.3 Discapacidad

La regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar en lo que afecta a los hijos que tiene una discapacidad se reformó mediante Ley 8/2021 de 2 de junio en el siguiente sentido: «1. *En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad.*

Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

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

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

En el supuesto de hijos menores comunes que se encuentren en una situación de discapacidad el límite temporal de extinción de la atribución

del uso la mayoría de edad no opera de forma automática. Se permite que el Juez determine la continuación en el uso de la vivienda familiar más allá de la mayoría de edad, en función de las circunstancias concurrentes.

Los hijos mayores de edad, que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en situación de discapacidad que precisen la continuación en el uso de la vivienda, se equiparan a los hijos menores que estén en la misma situación⁽⁵⁰⁾. Esta reforma recoge el criterio que ha venido estableciendo el TS desde la STS 325/2012 en el que ya consideraba la equiparación de los hijos discapacitados a los menores, porque su interés también resulta más necesitado de protección.

Una vez extinguido el uso de la vivienda familiar, las necesidades del hijo discapacitado que carezca de independencia económica serán cubiertas mediante el régimen de los alimentos entre parientes, regulados en el título VI del libro 1.º

En definitiva se mantiene que la adjudicación del uso de la vivienda familiar es temporal, debiendo ser fijado el plazo por los tribunales, quienes para ponderar las circunstancias concurrentes deberán tener en cuenta los siguientes factores, que determina la STS, s.1.ª de 29 de mayo 2024: 1/ Grado de discapacidad, 2/ las concretas deficiencias intelectuales, mentales, físicas o sensoriales que padezca, 3/ la adaptación de la vivienda a sus limitaciones, 4/ la proximidad a los centros de atención, asistencia e integración laboral, 5/ las posibilidades económicas de los progenitores, etc.

2.4 Inexistencia de hijos o existencia de hijos mayores de edad

Cuando los hijos menores de edad alcanzan la mayoría de edad, se extingue el derecho de uso atribuido por la vía del artículo 96.1 del CC tras la reforma producida por la Ley 8/2021 de 2 de junio, quedando equiparada la situación a la de inexistencia de hijos a que se refería el artículo 96.3 del CC (antes de la reforma. Actualmente artículo 96.2 Cc) y la adjudicación al cónyuge más necesitado de protección, que no puede realizarse por tiempo indefinido.

El artículo 96 *in fine*, regula expresamente que esa causa de extinción por mayoría de edad de los hijos, puede conllevar una revisión al alza en

(50) HERNANDEZ IBÁÑEZ, C., «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar» en *Derecho común en Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir.) Cerdeira Bravo de Mansilla, G.– García Mayo, M., (coord.) Reus, Madrid, 2017, p. 76. se opone a la equiparación entre hijo mayor incapacitado e hijo menor de edad, pues siendo tal incapacidad, de por vida, se trataría de una medida con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad de uno de los cónyuges.

la pensión de alimentos, que deberá hacerse valer a través del procedimiento de modificación de medidas, salvo que la sentencia previa haya fijado medidas para este supuesto.

¿Cómo se determina el interés más necesitado de protección?

- Es preciso que el sujeto beneficiario tenga una especial vinculación con la vivienda familiar directa o indirecta.
- Edad, situación de salud.
- Dificultad para conseguir una vivienda etc.

En esta materia, la STS, s. 1.^a, 624/2011 de 5 de septiembre⁽⁵¹⁾ estableció como doctrina jurisprudencial la siguiente: *«La atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»*.

La STS 741/2016, de 21 de diciembre⁽⁵²⁾, aclara que: *«[...] la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC., también es cierto que la permanencia del hijo en la vivienda familiar, aún alcanzada la mayoría de edad, resulta acorde con la obligación común a ambos progenitores –protagonistas de la ruptura familiar– de darle habitación como parte de la obligación alimenticia. Serán las circunstancias de cada caso las que determinen que la decisión judicial haya de producirse en uno u otro sentido a efectos de establecer cuál de los progenitores es titular el interés más necesitado de protección»*.

De igual forma, ha tenido oportunidad de expresarse al respecto el Tribunal Constitucional, en su sentencia 12/2023, de 6 de marzo (FJ 6), al señalar que: *«La prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor, tenga la edad que tenga, está desvinculada del derecho a continuar usando la vivienda familiar, pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes. Esta misma interpretación es la que ha venido realizando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en todas aquellas ocasiones en las que se*

(51) STS, s. 1.^a, Pleno, 624/2011 de 5 de septiembre. Ponente: JA Xiol Rius. Id Cendoj: 2807911991201110001. Roj: STS 6237/2011 – ECLI: ES: TS:2011:6237.

(52) STS, s. 1.^a, 741/2016 de 21 de diciembre. Ponente, A. Salas Carceller. Id Cendoj: 28079110012016100718. Roj: STS 5666/2016 – ECLI: ES: TS:2016:5666.

le ha planteado este supuesto, expresando que “ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1 sino del párrafo 3 del artículo 96 CC” (sentencia de 11 de noviembre de 2013)».

La atribución del uso de la vivienda familiar como afirma García Mayo no es un fin, sino un instrumento al servicio de una finalidad concreta. Están destinadas a servir como medida asistencial, de apoyo al cónyuge más necesitado de protección, ofreciendo un tiempo prudencial para estabilizar su situación tras la ruptura. Este civilista destaca que la finalidad del párrafo 3.º del artículo 96 CC atiende a necesidades de tipo personal, no a necesidades exclusivamente de tipo económico en uno de los cónyuges⁽⁵³⁾. Recuerda que si «bien la habitación forma parte de los alimentos, estos no tienen cabida entre excónyuges».

La atribución del uso al cónyuge más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina del TS reiterada en STS, s. 1.ª, 138/2023 de 31 de enero⁽⁵⁴⁾ antes de la reforma del artículo 96 CC «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes» (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre, 315/2015, de 29 de mayo, 390/2017, de 20 de junio, y 527/2017, de 27 de septiembre, entre otras)».

La adjudicación del uso a uno de los cónyuges sin limitación temporal infringe el artículo 96 CC. En efecto, es jurisprudencia asentada la que sostiene, sin fisuras, que considerar que la esposa, por ser titular del interés más digno de protección, cabe atribuible sin límite de tiempo el uso de la vivienda familiar infringe la doctrina de la sala (sentencias 73/2014,

(53) GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, ob. cit., p. 95.

(54) STS, s. 1.ª, 138/2023 de 31 de enero. Ponente: María de los Angeles Parra Lucán. Id Cendoj: 28079110012023100272. Roj: STS 1009/2023 – ECLI: ES: TS:2023:1009.

de 12 de febrero, 176/2016, de 17 de marzo, 31/2017, 33/2017; 34/2017, de 19 de enero; 390/2017, de 20 de junio y 527/2017, de 27 de septiembre).

La STS, s.1.^a, de 10/06/2024⁽⁵⁵⁾ casa la sentencia de la Audiencia Provincial atribuyendo el uso de la vivienda familiar a la esposa con un límite temporal de 1 año a contar desde la fecha de la sentencia de casación, aun cuando en la vivienda convivía la esposa con un hijo común mayor de edad.

Deberá tenerse presente que, si no existe un interés más necesitado de protección que otro, la vivienda familiar no debe atribuirse a ninguno de los cónyuges, tal como dispuso la STS 576/2014 de 22 de octubre o la STS 215/2016 de 6 de abril. En este caso, el uso corresponde al titular, y en casos de titularidad compartida, corresponde a ambos según las normas generales establecidas en los artículos 392 y ss CC.

3. EXTINCIÓN

3.1 Mayoría de edad

Tras la reforma del artículo 96 del CC por la ley 8/2021 de 8 de junio, debe especificarse en la sentencia dictada en procedimientos de mutuo acuerdo o contenciosos que el uso de la vivienda familiar solo se prolongará hasta que todos los hijos menores alcancen la mayoría de edad, salvo acuerdo en contrario adoptado por las partes.

¿Si existe un acuerdo entre los progenitores que extiende el uso de la vivienda más allá de la mayoría de edad, el mismo vincula a las partes o se aplica el artículo 96.1 del CC? El acuerdo es preferente a la norma legal «en defecto de acuerdo de los cónyuges» (art.96.1CC), por ello debe ser respetado y vincula a ambas partes. Y así lo ha entendido la STS, S. 1.^a, 315/2022 de 23 de marzo por haberse pactado la atribución del uso de la vivienda hasta la independencia económica.

El fundamento de esta causa de extinción que estableció el Tribunal Supremo antes de la reforma en STS, Pleno de 5 de septiembre 2011⁽⁵⁶⁾ radica en: 1/ La protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, lo que no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca». 2/ No cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con

(55) STS, s.1.^a, núm. 808/2024 de 10/06/2024. Ponente: JI Seoane Spiegelberg. Id Cendoj: 28079110012024100842. Roj: STS 3312/2024 – ECLI: ES: TS:2024:3312.

(56) STS, s. 1.^a, núm. 624/2011 de 5 de septiembre de 2011. Pleno. Ponente: JA Xiol Ríos. Id Cendoj: 28079119912011100013. Roj: STS 6237/2011 – ECLI: ES: TS:2011:6237.

la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2CC, respecto a los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios». La necesidad de los hijos mayores de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y ss del Cc. Criterio reiterado en STS, s. 1.^a de 25 de octubre de 2016 y STS de 19 de enero de 2017.

Por ello, llegada la mayoría de edad del último de los hijos menores de edad, el uso de la vivienda familiar se extingue, sin que sea necesario valorar nuevamente las circunstancias que concurren en el momento de la mayoría de edad del último de los hijos comunes, salvo en los supuestos de discapacidad de los hijos o de cónyuge más necesitado de protección.

Si voluntariamente la cónyuge y los hijos no abandonan la vivienda, entiendo que podría acudir al procedimiento de ejecución de sentencia solicitando el desalojo y el lanzamiento.

Ahora bien, si el ex cónyuge pretende continuar en la utilización de la vivienda familiar mediante un uso judicialmente atribuido será necesario que inicie un nuevo procedimiento interesando su adjudicación por la vía del artículo 96.2 del CC en base al «interés *familiar más necesitado de protección*».

El problema surge en aquellas sentencias dictadas con anterioridad a la reforma del artículo 96 del CC que atribuyeron el uso de la vivienda a los hijos menores de edad sin límite temporal. ¿La extinción se produce de forma automática al llegar a la mayoría de edad? ¿Ha de instarse una modificación de medidas? ¿Puede solicitarse la extinción del uso de la vivienda familiar en ejecución de sentencia?

En mi opinión, al haberse atribuido el uso de la vivienda familiar conforme a la redacción vigente del artículo 96 del CC en el momento que no contemplaba limitación temporal alguna, la extinción del mismo no se produce de forma automática, siendo preciso una resolución judicial que modifique la sentencia que habilita para la posesión única de la vivienda familiar.

Sentado lo anterior, al no contemplarse nada en la sentencia, en el título ejecutivo no hay pronunciamiento alguno que ejecutar, por lo que *prima facie* no sería el procedimiento idóneo, aun cuando en esta materia los criterios de las Audiencia Provinciales son discrepantes sin que exista una postura unánime. No obstante lo anterior, en Cataluña, el artículo 233-24.3 del CCCatalán indica: «*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.*». Este precepto únicamente permite la recuperación posesoria mediante ejecución de sentencia en el procedimiento en que se

adoptó en el supuesto que el inmueble sea propiedad exclusiva del otro cónyuge, pero no si la vivienda pertenece a ambos *pro indiviso* o a la sociedad de gananciales. En el País Vasco, la Ley 7/2015 de 30 de junio, artículo 12.13 permite que pueda llevarse a efecto por vía de ejecución de sentencia, al igual que se dispone en el art.12,12 para supuestos de vencimiento del plazo previsto judicialmente en la atribución temporal.

Por tanto, mi opinión es que deberá acudirse a un procedimiento de modificación de medidas que mediante una resolución judicial extinga el uso concedido en la sentencia que así lo estableció.

3.2 Cesión gratuita de inmueble para vivienda familiar entre familiares o personas con relación de afectividad

3.2.1 *Convivencia de progenitora con nueva pareja con la que constituye nuevo núcleo familiar fijando su sede en la vivienda familiar del núcleo primigenio*

Opera como causa de extinción la pérdida del carácter de familiar de la vivienda⁽⁵⁷⁾ por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa/o, al servir de uso a una familia distinta y diferente.

La primera vez que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la extinción del Derecho de uso fue en la STS, S.1.^a de Pleno 641/2018 de 20 de noviembre⁽⁵⁸⁾ al estimar que el carácter de vivienda familiar ha desaparecido no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. De tal forma que la introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza *«por servir en su uso a una familia distinta y diferente»*.

La STS, S.1.^a, 568/2019 de 29 de octubre reitera la doctrina de la sentencia del pleno antes mencionada estima el recurso de casación y en aplicación del artículo 96.1 CC declara *«que la vivienda que fue familiar ha dejado de serlo, por lo que deja sin efecto la atribución de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla. A continuación se pronuncia sobre el aumento de la pensión de alimentos en la que se ha de tener en cuenta la necesidad de que se provea a la menor una nueva vivienda»*.

(57) La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza *«por servir en su uso a una familia distinta y diferente»*. STS, S.1.^a, 641/2018 de 20 de noviembre; STS, S.1.^a, 568/2019 de 29 de octubre.

(58) STS, S.1.^a de Pleno 641/2018 de 20 de noviembre. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Id Cendoj: 28079119912018100034.

Criterio reiterado en la STS, s.1.^a 488/2020 de 23 septiembre⁽⁵⁹⁾ y en la STS, s. 1.º, 1166 de 23/09/2024⁽⁶⁰⁾, que acuerda la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar y, para evitar el automatismo, permite que el uso se prolongue un máximo de un año aumentando la pensión de alimentos que será efectiva una vez se produzca el desalojo de la vivienda.

La introducción de una tercera persona⁽⁶¹⁾ hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «por servir en su uso a una familia distinta y diferente», siendo preciso instar un procedimiento de modificación de medidas para que se dicte una resolución judicial que acuerde la extinción de la atribución del uso de la vivienda⁽⁶²⁾.

3.2.2 *Vivienda familiar titularidad de terceros cedida en precario*

Cuando no exista título que justifique la posesión cedida por terceros, titulares de la vivienda – en la que la nueva familiar constituye su domicilio familiar, no entra en juego el artículo 96 del CC, pudiendo ejercitarse el desahucio por precario frente a los ocupantes sin título para la recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente⁽⁶³⁾.

La STS, s. 1.^a, de 22 de octubre de 2009, siguiendo la línea marcada por la STS de 26 de diciembre de 2005, reconocen el derecho de los padres a recuperar la vivienda por encontrarse el ex cónyuge en situación de precario, al no especificarse un plazo.

(59) STS, S.1.^a, 488/2020 de 23 de septiembre de 2020. Ponente. Eduardo Baena Ruiz. Id Cendoj: 28079110012020100471. Roj: STS 3033/2020 – ECLI: ES: TS:2020:3033 en el que la ex esposa convivía con otra persona en relación análoga a la marital durante 3 años y de forma continuada y permanente tras el nuevo matrimonio contraído con esta pareja desde el año 2015.

(60) STS, S. 1.^a, 1166 de 23/09/2024. Ponente. María Ángeles Parra Lucán. Id Cendoj: 28079110012024101182. Roj: STS 4707/2024 – ECLI: ES: TS:2024:4707.

(61) CUENA CASAS, M., *Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero*. <http://hayderecho.com/2014/01/09/uso-de-la-vivienda-familiar-y-convivencia-extramrimonial-con-un-tercero/>.

(62) 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.; Anguita Villanueva, L., y Ortega Domenech, J., Madrid, 2012.

(63) Ver CREMADES GARCÍA, P., «Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 3, enero 2008, pp. 12-13; COSTAS RODAL, L., «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5/2010. Bib. 2010/1501, en el que se recoge las diferencias entre precario y comodato y los conflictos judiciales que se plantean entre ambas figuras en estos casos concretos, así como los diferentes pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo. CUADRADO PÉREZ, C., «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, coordinado por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Domenech, 2013, pp. 1223-1262.

En STS, s. 1.^a, el pleno núm. 861/2010 de 18 de enero de 2010 [RC núm. 1994/2005], STS, s. 1.^a, 178/2011, de 18 marzo y STS, s. 1.^a, 695/2011, de 10 de octubre, STS 279/2016, de 28 de abril, STS, s.1.^a,29 de mayo 2024, ha dispuesto que la solución a estos conflictos deben buscarse en el marco del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio no afectan a los terceros propietarios.

En la STS, s.1.^a, del Pleno de 18 de enero de 2010⁽⁶⁴⁾, se dictó en un procedimiento de desahucio por precario interpuesto por la copropietaria de una mitad indivisa de la vivienda familiar cuyo uso fue atribuido en procedimiento matrimonial a la ex esposa del otro copropietario– hermano de la demandante. En ella se indica que la atribución del derecho de uso, por mucho que provenga de la autoridad judicial, jamás puede generar un derecho anteriormente inexistente.

3.3. No precisar el hijo menor la vivienda familiar

El hijo puede no precisar la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación, a través de otros medios, siempre que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor. Esta es la solución adoptada en el artículo 233-20 del CC Cataluña que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el artículo 81.1 CDF aragonés) (STS, s. 1.^a, 10 de octubre 2011).

Si la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor sin que quede desprotegida al cubrir sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro se extingue el derecho de uso pudiendo el oro progenitor recuperar la vivienda, mejorando su situación económica que le permite hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija, al desaparecer la carga que representaba el pago del alquiler, tal como ha dispuesto la STS, s. 1.^a, 671/2012 de 5 de noviembre⁽⁶⁵⁾.

También se extingue el derecho de uso atribuido en sentencia de separación de nulidad o divorcio de una vivienda familiar propiedad exclusiva

(64) CUADRADO PÉREZ, C., «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales», *ob. cit.*, pp. 1255-1256.

(65) STS, s.1.^a,671/2012 de 5 de noviembre. Ponente. José Antonio Seijas Quintana. Id Cendoj: 28079110012012100627. Roj: STS 7071/2012 – ECLI: ES: TS:2012:7071. En el mismos sentido ver STS, s.1.^a, 426/2013 de 17 de junio. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Id Cendoj: 28079110012013100349. Roj: STS 3347/2013 – ECLI: ES: TS:2013:3347.

del progenitor no custodio, al producirse un cambio de circunstancias motivado por haber quedado disponible un piso propiedad de ambos progenitores pro indiviso, siendo bastante para cambiar el régimen sobre la vivienda a fin de que no puedan dar lugar en la práctica a una expropiación del propietario, tal como ha establecido la STS, s. 1.º 5/2015 de 16 de enero⁽⁶⁶⁾, que reitera las STS 29 de mayo 2011 y 5 de noviembre de 2012.

Disponer la madre de otra vivienda en la misma zona, que constituyó el domicilio de la recurrente antes de iniciar la convivencia con el otro progenitor, que puede ser utilizada y que tiene suficiente dotación de servicios que satisface las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad, es motivo suficiente para atribuir esta vivienda a la hija menora y a la progenitora custodia, máxime cuando la vivienda que fue familiar era propiedad de los padres del progenitor no custodio, quienes pueden ejercitar el desahucio por precario para recuperar la posesión, perjudicando con ello el interés de la menor que debe presidir toda atribución, tal como se determinó en la STS 563/2017 de 17 de octubre⁽⁶⁷⁾.

4. ATRIBUCIÓN EN PAREJAS DE HECHO

El artículo 96 del CC no se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar a las parejas de hecho. En esta materia, es preciso distinguir si la pareja tiene hijos comunes menores de edad o no.

4.1 Pareja con hijos comunes menores de edad

En defecto de acuerdo entre los progenitores, el Tribunal Supremo desde la STS 221/2011 de 1 de abril⁽⁶⁸⁾ concede el uso de la vivienda familiar al

(66) STS, s. 1.º 5/2015 de 16 de enero. Ponente. Xavier O'Callaghan Muñoz. Id Cendoj: 28079110012015100018. Roj: STS 190/2015 – ECLI: ES: TS:2015:190.

(67) STS, s. 1.º, 563/2017 de 17 de octubre. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Id Cendoj: 28079110012017100541. Roj: STS 3732/2017 – ECLI: ES: TS:2017:3732.

(68) STS, s.1.ª, 221/2011 de 1 de abril 2011. Ponente Roca Trias. Id Cendoj: 28079110012011100217. Roj: STS 2053/2011 – ECLI: ES: TS:2011:2053: *«El artículo 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 limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún 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 artículo 234-8 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma*

hijo común y por extensión a la madre que ostenta la guarda y custodia monoparental, con fundamento en la protección del interés superior del menor y formula la siguiente doctrina:» *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 artículo 96 CC*».

Esta aplicación del artículo 96.1 a los hijos nacidos de uniones extra-matrimoniales se ha venido reiterando en STS 340/2012 de 31 de mayo⁽⁶⁹⁾, si bien en el caso enjuiciado se revocó la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que realizó la atribución del uso de un inmueble sito en Boadilla del Monte, Madrid, propiedad exclusiva del otro miembro de la pareja, que ocupaba en precario la conviviente y el hijo común, quien había realizado obras en dicha vivienda, disponiendo la no atribución del uso de dicho inmueble, al quedar acreditado que no constituyó el domicilio familiar, con obligación de la madre y el hijo común de abandonar el inmueble sito en Boadilla del Monte.

STS 5/2015 de 16 de enero⁽⁷⁰⁾ dictada en un procedimiento de modificación de medidas en las que el padre solicita modificación relativa al cambio de domicilio en que residen la madre y el hijo común extramatrimonial solicitando que se establezca en una vivienda copropiedad de ambos progenitores que ha quedado libre de arrendatarios. El TS estima que *el interés del menor; siempre prevalente, no queda mermado por el cambio de domicilio. Precizando, además, que la vivienda que ahora ocupa es la vivienda que fue familiar en el momento de la separación, pero la que la Audiencia Provincial ha fijado a partir de ahora fue también la vivienda familiar en su momento. En ambas, ha sido algo indiscutido que el interés de menor quedó cubierto. Por tanto, como dice la sentencia de 5 noviembre 2012, antes transcrita en lo*

de protección, que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien». Este criterio se consolida en la STS 236/2011 de 14 de abril en un caso de crisis matrimonial, no de pareja de hecho.

(69) STS, s.1.^a 340/2012 de 31 de mayo. Ponente: E. Roca Trias. Id Cendoj: 28079110012012100339. Roj: STS 3850/2012 – ECLI: ES: TS:2012:3850.» La aplicación del artículo 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. 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 artículo 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.

(70) STS, s.1.^a 5/2015 de 16 de enero. X. O'callaghan Muñoz. Id Cendoj: 28079110012015100018. Roj: STS 190/2015 – ECLI: ES: TS:2015:190.

necesario, las necesidades de habitación del hijo menor quedan satisfechas a través de la vivienda alternativa que ha señalado la sentencia recurrida. Lo anterior, sobre la vivienda alternativa, lo ratifica la sentencia de 16 junio 2014, también transcrita. Y la anterior, de 29 marzo 2011 advierte que pueden modificarse las medidas por cambio de circunstancias. En el caso presente, la circunstancia de quedar disponible el piso propiedad de ambos, pro indiviso, es circunstancia de hecho que, como entiende la Audiencia Provincial es bastante para cambiar el régimen sobre la vivienda, tanto más cuanto las situaciones de crisis en la convivencia no pueden dar lugar a una verdadera, en la práctica, expropiación del propietario, como han dicho las sentencias citadas anteriormente, de 29 marzo 2011 y de 5 noviembre 2012».

Por ello, a las parejas de hecho con hijos comunes menores de edad se les aplicará el artículo 96, párrafo 1.º del CC y no el párrafo 3.º, a fin de evitar la discriminación por razón de filiación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (arts. 14, 39 de la CE).

4.2 Pareja de hecho sin descendencia común menor de edad

La atribución del uso de la vivienda familiar dependerá de los acuerdos a que hayan llegado los convivientes. En defecto de acuerdo, no puede aplicarse el artículo 96 del CC al referirse el mismo a las crisis matrimoniales y no de parejas de hecho.

El Tribunal Supremo en materia de pareja de hecho niega la aplicación analógica del artículo 96 CC en la STS 240/2008 de 27 de marzo, en la que se discutía un desahucio por precario instado por los herederos del causante— titular de la vivienda— frente a la pareja de hecho que permanecía en la vivienda familiar, sosteniendo que el demandado carecía de título, encontrándose en la vivienda como precarista, por lo que, fallecida la propietaria, no tiene ninguna legitimación para oponerse a la demanda interpuesta por los herederos nuevos propietarios.

En el supuesto que la vivienda que ha venido constituyendo el domicilio de la pareja de hecho sea cotitularidad de ambos, se aplicarán las normas de la comunidad de bienes, teniendo ambos derecho a la posesión de la cosa común en proporción a sus cuotas de titularidad en el inmueble. Asimismo, cualquiera de los dos copropietarios puede ejercitar la acción de división de cosa común(art.400CC) o puede vender su cuota de titularidad sobre el inmueble, con el posible ejercicio del derecho de retracto entre comuneros del artículo 1522 CC.

En el caso que la vivienda que ha venido constituyendo el domicilio familiar es titularidad exclusiva de unos de los integrantes de la pareja de hecho, en defecto de acuerdo, el juez no puede atribuir el uso del domicilio familiar al otro integrante de la pareja de hecho mediante la aplicación analógica del artículo 96 3 CC, tal como ha dispuesto la STS del Pleno 611/2005 de 12 de septiembre seguido por la STS 690/2011 de 6 de octubre, estimándose que la permanencia en el interior del inmueble jurídicamente se considerará precario (STS 130/2014 de 6 de marzo).

5. CONCLUSIÓN

Lo acordado entre las partes referente a la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar aprobado por la autoridad judicial prevalece sobre las reglas establecidas en el artículo 96 del Código Civil.

La atribución del uso de la vivienda familiar acordada en un convenio regulador es válido y eficaz, aun en el supuesto que no fuera ratificado ni homologado judicialmente siempre que se reúnan los requisitos establecidos en la legislación vigente para su plena validez y eficacia como negocio jurídico de derecho de familia, no infrinja el interés del menor y no se hayan modificado sustancialmente las circunstancias, pues la homologación judicial es únicamente un requisito de ejecución procesal.

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se observa que la interpretación del artículo 96 del CC tiende a realizar una atribución temporal del uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo adoptado por los cónyuges y homologado judicialmente. Temporalidad que en el caso de custodia exclusiva se limita a la mayoría de edad. En los supuestos de custodia compartida o repartida se limita atendiendo a las circunstancias concurrentes, al igual que sucede cuando no existen hijos o estos son mayores de edad o cuando solo existe cónyuge.

La solución a los conflictos que se producen en el supuesto que la vivienda familiar fuera cedida por terceros gratuitamente, deben buscarse en el marco del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio no afectan a los terceros propietarios. Por ello para recuperar la posesión de la vivienda cedida gratuitamente, sus titulares dominicales podrán ejercitar la acción de desahucio por precario.

Esta interpretación del artículo 96 del CC pretende conciliar los derechos de los más necesitados de protección menores, terceros, cónyuges, con los derechos dominicales sobre la vivienda familiar, sea de un tercero o de los cónyuges en régimen de ganancialidad o privacidad.



Comparto totalmente el criterio del TS plasmado en la STS, s.1.^a de 29 de mayo 2024, que estima que una adjudicación ilimitada en el tiempo implicaría una suerte de expropiación forzosa de un indiscutible valor económico del que se vería privado el titular exclusivo o cotitular de la precitada vivienda, que conforma un bien de trascendente importancia económica en la mayoría de las ocasiones, además, el del mayor valor de la sociedad económica conyugal.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid, 2005.
- ANGUITA RIOS, R. M., «Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales» *ADC*, tomo LXIV, 2011, fas. 11, pp. 611-652.
- COSTAS RODAL, L., «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm 5/2010. Bib. 2010/1501.
- CREMADES GARCÍA, P., «Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 3, enero 2008.
- CUADRADO PÉREZ, C., «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, coordinado por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Domenech, 2013, pp. 122-1262.
- CUENCA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *Tratado de derecho de la familia*, Yzquierdo Tolsada – Cuenca Casas (dir.), Vol. 3, 2011, pp. 275-442.
- *Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero*. <http://hayderecho.com/2014/01/09/uso-de-la-vivienda-familiar-y-convivencia-extramatrimonial-con-un-tercero/>.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Thomson Reuters Aranzadi, 1996.
- ESPIAU ESPIAU, S., *La Vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, 1992.
- «Comentario a la STS 31 de diciembre de 1994», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 38, 1995.
- GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *El hogar y el ajuar en la familia las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, P. J. Viladrich Bataller (coord.). EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 61-84.
- GARCÍA MAYO, M., *La vivienda familiar y crisis de la pareja: régimen jurídico*, Reus, 2019.



- HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar» en *Derecho común en Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir.) Cerdeira Bravo de Mansilla, G.– García Mayo, M., (coord.) Reus, Madrid, 2017, pp. 63-96.
- HERRERO GARCÍA, M. J., «Comentario al art. 1320 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II., Madrid, 1991.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2.º, del Código Civil*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002.
- MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XX-VII, 1987, pp. 217-242.
- PÉREZ UREÑA, A. A., *La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones prácticas*, Madrid, 2008.
- ROCA TRIAS, E., Comentario al artículo 96 CC en *Código civil comentado*, Vol. I, 2011, pp. 521-526.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553.
- SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales, criterios judiciales*, Madrid, 1999.
- SIFRE PUIG, R., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte». *Revista crítica de Derecho inmobiliario* núm. 783, pp. 135-221.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Régimen económico del matrimonio*, ERDP, 1982.
- 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*, coord. por Cuenca Casas, M., Anguita Villanueva, L. y Ortega Domech, J., Madrid, 2012, pp. 1635-1654.

C. DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

C.1 Disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio *

Ignacio Fernández Chacón
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo
ichacon@uniovi.es

Resumen: *Los artículos 1320 y 96.3 CC restringen el poder de disposición sobre la vivienda familiar de los cónyuges, no solo vigente el matrimonio sino también tras la crisis matrimonial cuando el derecho de uso sobre dicha vivienda ha sido atribuido a uno de ellos. La similitud que presenta la redacción de ambos preceptos –acrecentada tras la reforma operada en el artículo 96 CC por la Ley 8/2021 de derechos de las personas con discapacidad– sugiere a primera vista la existencia de una identidad de razón entre ellos que, sin embargo, se compadece mal con las diferentes implicaciones prácticas que los actos dispositivos sobre la vivienda familiar tienen vigente el matrimonio y tras la crisis matrimonial, en particular visto el dispar status, constancia registral y oponibilidad a terceros que la naturaleza familiar de la vivienda presenta en uno y otro caso.*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).



Palabras clave: *vivienda familiar, actos dispositivos, derecho de uso, oponibilidad a terceros.*

Abstract: *Articles 1320 and 96.3 Civil Code limit the spouses' power of disposal over the family home, not only during the marriage but also after the marital crisis when the right of use of said home has been attributed to one of them. The similarity in the wording of both articles –increased after the reform of artículo 96 by Law 8/2021 on the rights of persons with disabilities– suggests at first sight the existence of an identity of reason between them, which, however, does not correspond with the different implications that disposal acts over the family home have during the marriage and after the marital crisis, in particular given the different status, access to the land register and enforceability against third parties that the family nature of the home presents in each case.*

Keywords: *family home, disposal acts, right of use, enforceability against third parties.*

Sumario: 1. La restricción del poder de disposición sobre la vivienda familiar. 2. Disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio. 2.1 Actos dispositivos subsumibles en el artículo 1320 CC. 2.2 Sanción aplicable a los actos dispositivos realizados unilateralmente. 2.3 Protección del adquirente de buena fe. 2.4 Legitimación y plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad. Bibliografía.

1. LA RESTRICCIÓN DEL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

El Código Civil restringe en sus artículos 96 y 1320 la posibilidad de disposición de la vivienda familiar de manera unilateral, tanto durante la vigencia del matrimonio como tras su crisis o extinción, si bien en este segundo supuesto tal limitación dispositiva se circunscribe a los casos en los que media la correspondiente atribución del derecho de uso, en la medida en que tras la separación o divorcio es dicho uso el que cimenta el mantenimiento de la naturaleza familiar de la vivienda.

No cabe duda que la razón de ser que subyace a los artículos 96 y 1320 CC entronca con la especial trascendencia que la vivienda desempeña en la dinámica familiar (como eje vertebrador de las relaciones de los cónyuges y sus descendientes), lo que aconseja dotarla de reglas encaminadas a proveerla de un especial régimen de protección que la «blinde» frente a

posibles mutaciones jurídicas no consentidas por ambos cónyuges susceptibles de comprometer, sin el necesario consenso previo, la solución habitacional de la unidad familiar⁽¹⁾. Planteamiento éste que explica, asimismo, las garantías que a este respecto prevé en materia de subrogación *ex lege* el artículo 15 de la Ley de arrendamientos urbanos para los casos de nulidad, separación y divorcio⁽²⁾. Protección ésta que, sin embargo, no resulta en principio aplicable en el ámbito del Derecho común a las parejas de hecho⁽³⁾, al menos en lo que respecta al artículo 1320 CC⁽⁴⁾, no así con el artículo 96.3 CC, vista la posible atribución tras la crisis del derecho de uso cuando existen hijos a cargo de la pareja⁽⁵⁾ [SSTS, entre otras, de 1 de abril de 2011 (RJ 2011\3139)⁽⁶⁾ y de 17 de octubre de 2017 (RJ 2017\4528)⁽⁷⁾] y a salvo las previsiones específicas contempladas, nuevamente, en materia de arrendamientos urbanos⁽⁸⁾.

No obstante, pese al común denominador en cuanto a su finalidad de protección de la morada familiar, el funcionamiento e implicaciones asociadas a la aplicación de las reglas de los artículos 96 y 1320 CC no resultan coincidentes, por más que el tenor literal de ambos preceptos resulte

(1) Cfr. CUENA CASAS, M., 2011, pp. 296-297. A propósito de la inexistencia de antecedentes legislativos en el Derecho español de la restricción dispositiva de los artículos 1320 y 96 CC y su materialización en la reforma de 1981 a resultados de las recomendaciones europeas. *vid.* los razonamientos efectuados en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013\8306, FJ 4.º).

(2) *Vid.* por todos a este respecto CARRASCO PERERA, A. F., 2020, pp. 551 ss.

(3) Nótese que en el ámbito del Derecho Foral las restricciones dispositivas sobre la vivienda familiar previstas en los artículos 96.3 y 1320 CC sí que se han extendido a las parejas de hecho, caso particularmente del Derecho catalán (Arts. 231-9 y 234-3.2 CCCat –durante su vigencia– y 234-8.4 y 233-25 CCCat). En el caso del Derecho vasco la aplicabilidad de tales restricciones resulta más discutible. Para un análisis más en detalle del régimen dispositivo de la vivienda familiar en las parejas de hecho *vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2023, pp. 249 ss.

(4) En contra de la posibilidad de aplicación del referido artículo 1320 CC a las parejas de hecho *vid.*, asimismo, GAGO SIMARRO, C., 2018, pp. 129-131 (con abundantes referencias bibliográficas en el mismo sentido, en particular en la nota 5).

(5) Cfr. LEGERÉN MOLINA, A., 2018, pp. 830-837.

(6) En puridad, la admisión por el Tribunal Supremo de la aplicación «analógica» del artículo 96 CC a las parejas de hecho se remonta a la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020), en la que se confirió tras la ruptura a la expareja no titular de la vivienda y a sus tres hijos un derecho de uso sobre ella [respecto al razonamiento efectuado en dicha Sentencia por el Tribunal Supremo para reconocer la aplicación «analógica» del artículo 96 *vid.* el comentario en sentido crítico efectuado en su momento por GARCÍA RUBIO, M.ª P., *CCJC*, pp. 411-413]. Sin embargo, dicho planteamiento sería posteriormente matizado por la STS de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008\4062), negando la posible aplicación analógica del artículo 96 CC para dirimir la confrontación de derechos sucesorios sobre la vivienda de la pareja entre el conviviente supérstite y los herederos del fallecido.

(7) Para un comentario de dicha Sentencia *vid.* FERRER RIBA, J., *CCJC*, pp. 51 ss.

(8) *Vid.* artículos 12.4, 16.1.b), 24.1 y Disposición Transitoria Segunda (B.7) de la Ley de arrendamientos urbanos. A propósito del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho en materia arrendaticia *vid.*, entre otros, LEGERÉN MOLINA, A., 2018, pp. 818-823 (sobre la atribución del derecho de uso en los supuestos en los que la vivienda familiar está arrendada); y, más recientemente, con una proyección más general GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, pp. 284 ss.

en buena medida idéntico, particularmente tras la reforma operada en el artículo 96 por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, fruto de la cual se confirma –aunque de una forma técnicamente discutible como se verá– la posibilidad previamente reconocida por la jurisprudencia de acceso al Registro de la Propiedad de la restricción dispositiva sobre la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso.

Dicha coincidencia en cuanto a la formulación por el legislador de las reglas previstas en los referidos artículos 96 y 1320 CC ha conducido a un notable solapamiento y confusión tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial respecto al ámbito de aplicación (actos dispositivos comprendidos) y efectos asociados a su transgresión (sanción aparejada a la falta de consentimiento conjunto y oponibilidad a terceros de ésta), que no se da sin embargo –dicho de sea de paso– en sus homólogas reglas de Derecho Foral (caso, por ejemplo y particularmente, del Derecho catalán).

2. DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

El artículo 1320 CC exige para la realización de actos dispositivos sobre la vivienda habitual el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial, aun cuando dicha vivienda pertenezca a uno solo de ellos. Dicha regla implica pues una limitación del poder de disposición de los cónyuges sobre la vivienda familiar vigente el matrimonio, cuya transgresión vicia la validez del acto dispositivo realizado (Art. 1322 CC).

Como destaca la STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7445), el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda familiar como limitación al poder de disposición del otro cónyuge «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» (FJ 5.º). Consentimiento que podrá ser expreso, tácito o *presunto*, así como anterior, simultáneo o posterior al acto dispositivo realizado –

como reiteradamente ha tenido ocasión de destacar la jurisprudencia⁽⁹⁾— y que a efectos registrales se cataloga como «... un simple asentimiento que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno» concluido por el otro cónyuge⁽¹⁰⁾. De ahí que en el caso enjuiciado por dicha STS de 8 de octubre de 2010 se estimase la validez del préstamo hipotecario concertado por el marido sobre la vivienda familiar, dado que la esposa había consentido la constitución de la correspondiente hipoteca⁽¹¹⁾.

Pese a su tenor literal, la especificidad de la restricción dispositiva sobre la vivienda familiar del artículo 1320 CC se proyecta básicamente en los casos en los que ésta pertenece en exclusiva a uno solo de los cónyuges (caso paradigmático para el que la regla está prevista), habida cuenta de que si la vivienda tiene naturaleza ganancial o pertenece a los cónyuges en régimen de proindiviso la necesidad de consentimiento conjunto para su disposición se infiere igualmente de las reglas generales de los artículos 1377 y 399 CC⁽¹²⁾, respectivamente⁽¹³⁾, motivo por el cual el artículo 1320 CC se enmarca dentro de las reglas relativas al régimen

(9) *Vid.* en este sentido las SSTs, entre otras muchas, de 25 de mayo de 1983 (RJ 1983\2878), 2 de julio de 1985 (RJ 1985\3638), 7 de junio de 1990 (RJ 1990\4741), 5 de julio de 1994 (RJ 1994\6430), 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6514), 15 de enero de 2008 (RJ 2008\338) y 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3202). Sobre las distintas modalidades de consentimiento del cónyuge al acto dispositivo realizado sin su expresa participación *vid.*, entre otros, SANCINENA ASURMENDI, C., 2009, p. 125; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., 2011, pp. 884-888. En particular, por lo que respecta al consentimiento anterior a la realización del acto dispositivo conviene destacar, asimismo, la admisión de la posibilidad de que tal consentimiento derive de un poder general otorgado por uno de los cónyuges a favor del otro por medio del cual se autoriza la disposición de bienes, tal y como se estimó en la RDGRN de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000\10218) y en la STS de 8 de junio de 1993 (RJ 1993\4466, FJ 4.º) si bien *obiter dictum*, posibilidad ésta que, sin embargo, expresamente se excluye en el artículo 231-9.1 CCCat, a cuyo tenor el consentimiento del cónyuge no titular para la disposición de la vivienda familiar «... no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general».

(10) *Cfr.* RDGRN de 5 de enero de 2011 (RJ 2011\3432, FJ 4.º).

(11) Para un comentario sobre la referida sentencia en sentido favorable al fallo del Tribunal, pero destacando al mismo como a resultas del esquema del artículo 1320 CC el cónyuge no prestatario tiene que afrontar la pérdida de la vivienda, *vid.* MARÍN VELARDE, A., *RdPat*, pp. 363-369.

(12) *Cfr.* CUENA CASAS, M., 2011, p. 297. No obstante, ha de tenerse presente que aun cuando del tenor literal de dicho artículo 399 CC se infiere la posibilidad de cada comunero de enajenar o realizar actos dispositivos sobre su cuota, cuando se trata de la vivienda familiar tal posibilidad por parte de uno de los cónyuges resulta vetada *ex* artículo 1320 CC [*Cfr.* RDGRN de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000\10218)], en la medida en que el uso de la vivienda podría verse comprometido a futuro mediante el ejercicio por el tercero adquirente de tal cuota de la acción de división de la cosa común.

(13) Nótese que si de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 1346 y siguientes del Código Civil la vivienda familiar reviste naturaleza ganancial, la necesidad de consentimiento conjunto para la realización de actos dispositivos sobre ella prevista en el artículo 1320 CC se superpone con la regla general del artículo 1.377 CC, que requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer a título oneroso de cualesquiera bienes gananciales (incluida la vivienda familiar).

económico-matrimonial primario, garantizando con ello su aplicación a todos los esquemas jurídico-reales posibles⁽¹⁴⁾.

La virtualidad práctica del consentimiento del otro cónyuge vigente el matrimonio respecto a los actos dispositivos que puedan entrañar la posterior pérdida de la vivienda familiar es llevada por el Tribunal Supremo hasta sus últimas consecuencias, como se aprecia, en particular, en la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011\936). En el caso de autos la vivienda pertenecía en copropiedad a los cónyuges en el momento de la sentencia de divorcio que atribuyó el uso de la vivienda a la esposa; con posterioridad, el inmueble salió a pública subasta, y fue adquirido por el padre del marido. La esposa planteaba la obligación de la viuda del adquirente –su exsuegra– de respetar su derecho de uso sobre la vivienda familiar, planteamiento que el Tribunal Supremo no acoge puesto que –aunque no alude expresamente a ello en su fundamentación– la ejecución de la vivienda tenía su origen en el impago de una deuda ganancial contraída de común acuerdo por ambos cónyuges, con la consiguiente aceptación por la esposa al contraer la deuda de la posibilidad de pérdida a futuro de la vivienda por impago.

Lógicamente, si el acto dispositivo realizado por el cónyuge titular de la vivienda es anterior a la celebración del matrimonio los artículos 1320 y 1322 CC no serán aplicables, pues en ese momento el inmueble no constituía la vivienda familiar. De esta forma el adjudicatario de la vivienda familiar fruto de una ejecución hipotecaria que se produce constante el matrimonio y deriva del incumplimiento de un préstamo concertado por el cónyuge titular en estado de soltero estará protegido en su derecho, tal y como se concluyó en la STS de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015\1104). Aunque la referida sentencia no lo precisa, con mayor motivo el artículo 96.3 CC no resultará tampoco aplicable en tal caso, pues la atribución judicial o en convenio regulador del derecho de uso –presupuesto de la limitación al poder de disposición del cónyuge titular prevista en dicho precepto– encuentra su fundamento en la protección de la vivienda familiar, por lo que si el acto del que dimana la adquisición del inmueble por un tercero (ejecución hipotecaria) es anterior al matrimonio no puede oponerse el derecho de uso sobre una vivienda que, en dicho momento, no constituía la vivienda familiar. Así pues, resulta obvio que la solución

(14) La inclusión de la limitación dispositiva del artículo 1320 CC dentro de las reglas del régimen primario hace que ésta resulte aplicable con independencia del régimen económico aplicable (gananciales, participación en las ganancias o separación de bienes), despejando cualquier duda relativa a su aplicación a los supuestos en los que la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, no subsumibles dentro de las reglas aplicables a la comunidad de bienes (art. 399 CC) ni a la disposición de bienes gananciales (art. 1377 CC), a resultas de las cuales la imposibilidad de disposición unilateral por uno de los cónyuges ya se encontraría *per se* suficientemente garantizada en términos prácticos, sin necesidad de contar con una regla *ad hoc* como la del artículo 1320 CC.

alcanzada por el Tribunal Supremo en este caso no es más que pura aplicación del principio de prioridad registral del derecho de hipoteca frente al derecho de uso de la vivienda familiar⁽¹⁵⁾.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, en principio, la mera separación de hecho de los cónyuges no basta a efectos de excluir la aplicación de la limitación dispositiva prevista en el artículo 1320 CC, tal y como ha tenido ocasión de precisar tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado⁽¹⁶⁾ como la jurisprudencia menor⁽¹⁷⁾, pero sí –en principio y como se verá– cuando media separación legal o judicial, en cuyo caso la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges implicará la entrada en juego del artículo 96.3 CC, con las implicaciones que a continuación se detallan en el siguiente capítulo.

2.1 Actos dispositivos subsumibles en el artículo 1320 CC

Constante el matrimonio la jurisprudencia incluye dentro de los actos dispositivos para los que el cónyuge titular de la vivienda familiar debe contar con el consentimiento de su consorte aquéllos que implican «... la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real» [STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7445)]⁽¹⁸⁾. A tenor de dicho planteamiento, especialmente clarificadora y prolija en su razonamiento al respecto resulta la RDGRN de 13 de junio de 2018⁽¹⁹⁾, según la cual:

«Los artículos 1320 CC y 91 RH utilizan una fórmula general descriptiva, basada en un verbo (“disponer”), que no completa con la enumeración ejemplificativa de actos incluidos en la exigencia del doble consentimiento. Por el contrario, el Código civil catalán es mucho más explícito: el titular, sin el consentimiento del otro cónyuge, 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*

(15) Cfr. RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336, FJ 3.º *in fine*).

(16) Cfr. RDGRN de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005\5540).

(17) Cfr. SAP de Madrid (Sección 14.ª) de 13 de noviembre de 2013 (JUR 2014\3821, FJ 4.º) y SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 29 de enero de 2015 (JUR 2015\210537, FJ 6.º).

(18) En el mismo sentido se pronunciaba ya con anterioridad la STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10330, FJ 2.º), y posteriormente la STS de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015\1104).

(19) En el caso objeto del recurso analizado en dicha RDGRN de 13 junio de 2018 se trataba –tal y como la propia Dirección precisaba al inicio de su fundamentación jurídica– de «... determinar si la constitución de una servidumbre de paso sobre la azotea de un inmueble, propiedad del marido, en el que radica la vivienda habitual de los cónyuges, exige el consentimiento de la esposa» (FJ 1.º).

que comprometa su uso (art. 231.1-9). El Código de Derecho Foral aragonés, por su parte, se refiere a “actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma”, expresión que completa con la referencia a aquellos otros actos que tengan como consecuencia *sustraerlos al uso común* (art. 190.1). La expresión legal del Código Civil es deliberadamente amplia. Por eso es indiferente que el acto dispositivo tenga naturaleza real o personal. El Código no solo exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, la autorización judicial para realizar un acto de disposición sobre la vivienda habitual, sino también para realizar un acto de disposición de los derechos sobre esa vivienda. De este modo, si la vivienda familiar es propiedad de uno de los cónyuges, él solo no podrá disponer de ella; y si es arrendatario, él solo no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad o renunciar expresa o tácitamente al derecho de prórroga de la relación arrendaticia. En el primer caso, por constituir un acto de disposición sobre la vivienda misma y, en el segundo, por constituir un acto de disposición de un derecho sobre esa vivienda. Así sucede con la estipulación de un contrato de arrendamiento por parte del cónyuge propietario del inmueble, aunque se tratase de un arrendamiento parcial. Atendiendo a la finalidad de la exigencia legal y a la terminología utilizada, es claro que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma las enajenaciones voluntarias, a título oneroso (como la compraventa o la aportación del inmueble a una sociedad, aunque fuera unipersonal) o a título gratuito (como la donación) del inmueble, incluso, respecto de las realizadas a título oneroso, aquellas cuya finalidad fuera obtener el dinerario suficiente para adquirir a continuación otro inmueble más amplio, mejor situado o más conveniente para el mismo fin; y, en general, todos aquellos actos que impliquen sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda familiar (que es la expresión que utiliza el artículo 190.1 del Código de Derecho Foral de Aragón. Atendiendo a esa finalidad y a esa terminología, es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación ya que, en caso de incumplimiento, se puede producir la realización forzosa del inmueble. Mientras que, en los casos de constitución de un derecho real de uso y disfrute, la sustracción de la vivienda al uso de la familia es real y efectiva, en los casos de constitución de una hipoteca, esa sustracción es meramente potencial (STS de 8 de octubre de 2010), pero ese carácter potencial que tiene la sustracción no exime del requisito del doble consentimiento»⁽²⁰⁾ (FJ 6.º).

(20) De ahí que, en atención a dicho razonamiento la Resolución transcrita descartó la inclusión de una servidumbre de la que no deriva la posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma dentro de los actos dispositivos proscritos por el artículo 1320 CC.



Como puede apreciarse en el razonamiento transcrito, la Dirección General diferencia entre actos de disposición de la vivienda propiamente dichos (compraventa, aportación a una sociedad o donación, entre otros) y actos de disposición de los derechos sobre la vivienda que comprometan su uso (extinción del contrato de arrendamiento, constitución de un usufructo, un derecho de uso o habitación o un derecho de hipoteca), subsumiendo ambas clases de actos dispositivos entre los proscritos por el artículo 1320 CC. De acuerdo con dicho esquema se postula, por ejemplo, la válida enajenación de la nuda propiedad con reserva de usufructo, en la medida en que tal enajenación no compromete el uso de la vivienda por la unidad familiar⁽²¹⁾ [RDGSJFP de 18 de febrero de 2021 (RJ 2021\988)⁽²²⁾] y se excluyen los casos de renuncia a derechos de naturaleza contractual encaminados a la adquisición de un inmueble potencialmente destinado a servir como vivienda familiar pero que no se encuentra aún en poder de los cónyuges (STS de 29 de febrero de 2008, RJ 2008\2934)⁽²³⁾, habida

(21) Cfr., entre otros, DE LOS MOZOS, J. L., 1982, p. 129; y BERROCAL LANZAROT, A. I., *RCDI*, p. 3482. Dicha posibilidad de disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar con reserva del derecho de usufructo se infería, por ejemplo, del tenor literal de la RDGRN de 26 de octubre de 1987, en la que se estimó que la hipoteca de la nuda propiedad de la vivienda no resultaba susceptible de comprometer la solución habitacional de la familia, finalidad última de la restricción dispositiva impuesta en el artículo 1320 CC. No obstante, a nivel doctrinal esta posibilidad enajenación unilateral de la nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo *ex* artículo 1320 resulta ciertamente controvertida. Para una sistematización de las posturas existentes al respecto *vid.* ELORRIAGA DE BONIS, F., 1995, pp. 278 ss. En contra de esta posibilidad *vid.*, por ejemplo, CUENA CASAS, M., 2011, pp. 300-301. La invalidez *ex* artículo 1320 CC de tal donación por el cónyuge titular de la nuda propiedad de la vivienda familiar con reserva conjunta a su favor y a favor de la esposa del derecho de usufructo se apreció, por ejemplo, en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013\8306, FJ 8.º), si bien en el caso enjuiciado se daba la particularidad de que la esposa no llegó a aceptar el referido derecho de usufructo a su favor antes del fallecimiento del marido.

(22) En el ámbito de la jurisprudencia menor tal validez de la disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar con reserva del usufructo se admite, por ejemplo, en la SAP de Asturias (Sección 7.ª) de 6 de mayo de 2013 (JUR 2013\202696, FJ 2.º), si bien en un caso un tanto particular en el que la aplicación del artículo 1320 CC resultaba discutible, habida cuenta de que el acto dispositivo en cuestión de tal vivienda derivaba de la partición hereditaria realizada por el marido y los hijos de su primer matrimonio tras la liquidación de la sociedad de gananciales a la que pertenecía la vivienda como consecuencia del fallecimiento de su esposa, confiriéndose a resultados de tal partición la nuda propiedad a los hijos y el derecho de usufructo al marido que había contraído segunda nupcias tras el fallecimiento de su primera esposa y fijado el domicilio conyugal en dicho inmueble durante la vigencia de la comunidad post-ganancial no liquidada existente entre el marido y sus hijos. Se trataba pues de un supuesto dudoso, en la medida en que la exclusión de la partición hereditaria del ámbito de aplicación del artículo 1320 CC ha sido expresamente destacada por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su Sentencia de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990\3827), según la cual en tales casos la ocupación de la vivienda previa a la partición lo sería en concepto de meros precaristas por la tolerancia de los restantes coherederos (FJ 4.º).

(23) En el caso enjuiciado por dicha STS de 29 de febrero de 2008 el Tribunal Supremo consideró que el artículo 1320 CC no resultaba aplicable al caso de autos, en el que el marido renunció (dispuso) a sus derechos de compra sobre una vivienda destinada a ser la vivienda familiar que no le había sido entregada aún (pese a que la compraventa se había producido vigente el matrimonio), en la medida en que la renuncia se produjo respecto a un mero derecho de crédito (derecho personal)

cuenta de que en tal caso no puede hablarse al momento de producirse la renuncia de la existencia propiamente dicha de un domicilio conyugal o familiar radicado en tal inmueble.

Por lo que concierne en particular a la hipoteca de la vivienda familiar vigente el matrimonio, conviene precisar que la simultánea adquisición e hipoteca de la vivienda habitual por uno de los cónyuges de manera privativa (a resultas de la contratación de un préstamo hipotecario para financiar tal adquisición) no se encuentra –de acuerdo con la doctrina más reciente de la Dirección General de Seguridad Jurídica y fe Pública Registral– comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 1320 CC, resultando, asimismo, inaplicables en tal caso los deberes de información precontractual y otorgamiento del acta previa de información previstos en la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁽²⁴⁾, habida cuenta de la teoría del negocio jurídico complejo en la cual se incardina tal operación adquisitiva⁽²⁵⁾ [RDGSJFP de 26 de septiembre de 2022 (JUR 2022\334609, FJ 3.º)⁽²⁶⁾]. Posibilidad de adquisición y simultánea hipoteca de una vivienda con la finalidad de destinarla a vivienda familiar por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro que la Dirección General considera igualmente aplicable –*ex* artículo 1370 CC– cuando el régimen económico matrimonial es el de gananciales y dicha vivienda reviste carácter ganancial [RDGSJFP de 26 de septiembre de 2022 (JUR 2022\334609, FJ 2.º)].

2.2 Sanción aplicable a los actos dispositivos realizados unilateralmente

Con anterioridad a Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la falta del consentimiento *uxoris* en la enajenación de bienes gananciales incluida la vivienda familiar –regulada en el antiguo artículo 1413 CC– no contaba con una solución jurisprudencial unívoca en

y no de un derecho real sobre el inmueble, en aplicación del por entonces vigente artículo 1413 CC que restringía el consentimiento *uxoris* a los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

(24) Aclarando las dudas suscitadas por la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 (RJ 2020\1135), según la cual «... el cónyuge que, a los efectos del artículo 1320 CC, debe prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual cuya propiedad sea exclusiva del otro consorte debe considerarse equiparado a estos efectos al hipotecante no deudor y por tanto quedar protegido de forma análoga, otorgando el acta de información previa» (FJ 3.º).

(25) *Vid.* en detalle DIÉGUEZ MORÁN, M., 2023, pp. 268 ss.

(26) Acogiendo la aplicabilidad en estos casos de la teoría del negocio jurídico complejo preconizada años atrás por la RDGRN de 4 de noviembre de 1968.



lo atinente a su régimen de invalidez, que oscilaba entre la nulidad radical, la anulabilidad o incluso la mera rescindibilidad o ineficacia parcial, tal y como destacaba la STS de 9 de mayo de 2007 (RJ 2007\3439).

Actualmente y de *lege lata* la aplicación combinada de los artículos 1301 y 1322 CC no deja lugar a dudas de que la realización de actos dispositivos sobre la vivienda familiar o sobre bienes gananciales sin el consentimiento de ambos cónyuges (no en aquellos casos en los que media una «falsa representación»)⁽²⁷⁾, de los herederos del cónyuge premuerto (únicamente en el caso de bienes gananciales) o, en su defecto, de la correspondiente autorización judicial (Arts. 1375 y 1377 CC) es un negocio meramente anulable⁽²⁸⁾. Sanción ésta de anulabilidad que, pese a estar fuera de toda duda, resulta a mi parecer técnicamente incorrecta, en tanto que supone una clara confusión entre los planos jurídico-obligacional y jurídico-real de los actos dispositivos realizados⁽²⁹⁾.

(27) Técnicamente en aquellos casos en los cuales el cónyuge disponente se arrogue la falsa representación de su cónyuge serían susceptibles de incardinarse dentro del ámbito de aplicación de la figura del *falsus procurator* del artículo 1259 CC, pudiendo el otro cónyuge ratificar *a posteriori* el acto dispositivo realizado sin su consentimiento (de forma expresa o tácita), si bien el problema en tal caso estribaría en la determinación de la sanción aplicable al contrato celebrado sin consentimiento ni ratificación, habida cuenta de la polémica tanto doctrinal como jurisprudencial acerca del concreto significado que debe darse a la sanción de nulidad prevista en dicho artículo 1259 CC. *Vid.* en detalle a este respecto, con abundantes referencias jurisprudenciales y doctrinales, FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2018, pp. 139 ss.

(28) *Vid.* SSTS, entre otras, de 6 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6921), 2 de julio de 1985 (RJ 1985\3638), 20 de febrero de 1988 (RJ 1988\1073), 7 de junio de 1990 (RJ 1990\4741), 11 de octubre de 1990 (RJ 1990\7858), 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6514), 9 de mayo de 2007 (RJ 2007\3439), 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3202), 23 de septiembre de 2010 y 16 de abril de 2012 (RJ 2012\5904). Con todo, pese al tenor literal del Código y su claridad, las críticas al régimen instaurado son numerosas. Así, por ejemplo, LACRUZ BERDEJO estima que mientras no transcurra el plazo impugnatorio de cuatro años (art. 1301 CC) el acto dispositivo será inexistente e inoponible para el cónyuge que no consintió la enajenación, pudiendo considerar el bien como subsistente en el patrimonio consorcial (1984, p. 460). Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., estima que de no ser por la clara dicción del artículo 1322 CC la solución más adecuada sería la de reputar el contrato como incompleto hasta que no se produjera la ratificación del otro cónyuge, teniendo no obstante el referido precepto la venta de eliminar dudas y vacilaciones en lo referente a la concreta sanción aplicable a este caso concreto (nulidad radical, venta de cosa ajena...) (2011, p. 889). En desacuerdo con la sanción de anulabilidad del artículo 1322 CC, por la indefinición en que se encuentra el tercero contratante durante los cuatro años en que el otro cónyuge puede proceder a la impugnación del acto dispositivo realizado sin su consentimiento (art. 1.301 CC) se posiciona también, por ejemplo, RAMS ALBESA, J. J., 1992, p. 288.

(29) En mi opinión, la existencia de normas específicas en el Código Civil referidas a la invalidez de los actos de disposición tanto sobre la vivienda familiar como sobre bienes gananciales llevados a cabo por un cónyuge sin el consentimiento del otro decretando su anulabilidad/nulidad (Arts. 1320, 1322, 1377 y 1378 CC) no debería suponer un obstáculo al reconocimiento de la validez, por ejemplo, de la enajenación de tales bienes, dado el alcance puramente obligacional de la venta y su necesaria diferenciación del negocio dispositivo fruto del cual se opera el correspondiente traspaso dominical. Partiendo de tal escisión, la invalidez no sería predicable del contrato de compraventa sino del negocio dispositivo subsiguiente, que no podrá tener lugar dada la falta de poder dispositivo de uno de los cónyuges aisladamente sobre los bienes gananciales. Pese a lo pacífico de la cuestión a nivel jurisprudencial hoy en día, a mi modo de ver la sanción de anulabilidad del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro cónyuge o autorización

Con todo, la determinación de la sanción aplicable a los actos dispositivos a título gratuito de la vivienda familiar no resulta todo lo clara que debiera, habida cuenta de que el artículo 1322 se limita a preceptuar que «... serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge», situación de comunidad de bienes a la que alude dicho precepto que, *stricto sensu*, no concurre en cuando la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, supuesto paradigmático en el que como se ha dicho el artículo 1320 CC cobra todo su sentido. El tenor literal de la norma no deja lugar a dudas de que los actos dispositivos unilaterales y a título gratuito sobre la vivienda copropiedad –bien común– de los cónyuges son nulos de pleno derecho, solución que se extiende también a los casos en los que la vivienda pertenece a la sociedad de gananciales, habida cuenta de la regla específica prevista en tal sentido en el artículo 1378 CC y que convierte en «superflua» la regla del artículo 1322 CC⁽³⁰⁾. No parece pues que la nulidad radical de los actos dispositivos a título gratuito sobre la vivienda familiar que pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges pueda –visto su tenor literal– derivarse sin más del artículo 1322 CC, sino que en tal caso parece que la sanción debiera ser *a priori* la de la mera anulabilidad, equiparando los efectos asociados a los actos de disposición a título oneroso y gratuito de la vivienda familiar realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro⁽³¹⁾. La opción por la sanción de la nulidad radical requeriría, a mi parecer, una justificación que va más allá

judicial prevista en el referido artículo 1322 CC supone una confusión por parte del legislador entre los planos jurídico-real y jurídico obligacional. La solución correcta habría sido, pues, que cuando el artículo 1322 CC se introdujo en la reforma operada en 1981 el legislador hubiese optado por sancionar la ausencia de efectos jurídico-reales del acto dispositivo sobre la vivienda familiar, sin perjuicio de su validez en el plano jurídico obligacional. Planteamiento personal que, no obstante, es una crítica en sede de *lege ferenda* que escapa al ámbito de este trabajo y que en nada empee las conclusiones apuntadas en el texto principal, sin perjuicio de que dicha crítica sea compartida por numerosos y destacados autores en los términos apuntados. *Vid.* en este sentido, entre otros, GIMÉNEZ DUART, T., *AAMN*, pp. 329, 331, 333 y 343, hablando sencillamente de ineficacia atributiva de la enajenación; MERINO GUÍERREZ, A., *La Ley*, pp. 919-920; MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., 2000, p. 24; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E., 2000, p. 158; y muy destacadamente CUENA CASAS, M., 2011, pp. 303 ss. y 2014, pp. 986-987.

(30) *Cfr.* DE LOS MOZOS, J. L., 1982, p. 150. La diferencia entre el régimen de validez de los actos dispositivos a título gratuito (nulos) y oneroso (anulables) sobre bienes gananciales se destacaba expresamente, por ejemplo, en la STS de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10642, FJ 7.º). Así, en el caso, por ejemplo, de la STS de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006\6429) la esposa que había realizado las donaciones a favor de un hijo contaba con un poder de representación no revocado, que se estimó empleado con fines malévolos para vaciar el patrimonio ganancial, por lo que tales donaciones se calificaron como nulas de pleno derecho y no sujetas al plazo de impugnación del artículo 1301 CC. Sobre dicha nulidad de los actos dispositivos a título gratuito sobre bienes gananciales *vid.*, entre otros muchos, RIVERA FERNÁNDEZ, M., 2009, pp. 2772-2774.

(31) *Cfr.*, entre otros, CUENA CASAS, M., 2011, p. 324; MORALEJO IMBERNÓN, N., 2013, p. 9332; y JEREZ DELGADO, C., *Indret*, pp. 16-17 (nota al pie 52). En contra, postulando la nulidad radical de los actos de disposición a título gratuito de la vivienda familiar realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro se posiciona DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., 1984, p. 1506.



del tenor literal del artículo 1322 CC, opción ésta que, además, en la práctica no dotaría de una mayor protección al cónyuge que no consiente el acto dispositivo, visto que –aunque la nulidad no tiene plazo de ejercicio, frente a los cuatro años de la anulabilidad– la pasividad del cónyuge perjudicado –una vez que conoce de la disposición realizada– puede como ya se ha dicho reputarse como un consentimiento tácito *ex* artículo 1320 CC.

Por otro lado, cabe destacar que la jurisprudencia ha precisado que la sanción de anulabilidad *ex* artículo 1322 CC se extiende igualmente a los casos en los que el acto dispositivo es realizado por el cónyuge tutor sin autorización judicial [STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136)], sin que pueda aplicarse en tales supuestos la nulidad de pleno derecho que en ocasiones se predicaba *ex* artículo 271.2 CC (vigente artículo 287 aplicable en los casos de curatela representativa tras la reforma operada en 2021) de los actos homólogos llevados a cabo por el titular de la patria potestad y por el tutor sin tal autorización⁽³²⁾. Dicha diferenciación entre el régimen de invalidez aplicable a uno y otro supuesto –nulidad *vs* anulabilidad– resultaba en buena medida problemática, dada la concreta previsión contenida al efecto en los artículos 1387 y 1389 CC, en los que en sede del régimen económico matrimonial de gananciales se reitera la necesidad del cónyuge tutor/curador representativo de contar con autorización judicial *para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente*. La identidad de razón entre ambos preceptos (Arts. 271.2 y 1389 CC) demandaría una solución común y debería bastar para excluir la aplicación del régimen del artículo 1322 CC, norma general que sanciona la invalidez de los actos dispositivos sobre bienes gananciales y la vivienda familiar, cuyo supuesto de hecho es distinto frente al particular del artículo 1389 CC [en sentido contrario al razonamiento de la Sentencia de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136)]. No obstante, actualmente, tras la STS plenaria de 10 de enero de 2018 (RJ 2018\156) tal diferenciación en el régimen de invalidez de ambos supuestos parece que ha desaparecido, ya que en dicha Sentencia el Alto Tribunal considera que los actos realizados por el tutor sin autorización judicial no son nulos de pleno derecho sino anulables⁽³³⁾.

(32) Nulidad a la que se llega en términos prácticos so pretexto de la calificación como incompleto del acto dispositivo realizado por el representante legal sin la autorización judicial requerida por los artículos 166 y 271.2 CC [*vid.*, por ejemplo, SSTs de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) y 8 de julio de 2010 (RJ 2010\6030)].

(33) *Vid.* FFJJ 5.º ss. de la Sentencia.

2.3 Protección del adquirente de buena fe

Visto que en defecto de consentimiento conjunto o autorización judicial el acto dispositivo a título oneroso sobre la vivienda familiar realizado por el cónyuge titular vigente el matrimonio lleva aparejada la anulabilidad del negocio celebrado (Art. 1322 CC)⁽³⁴⁾, en tal caso no procedería la entrada en juego de la figura del tercero hipotecario del artículo 34 LH⁽³⁵⁾. Y ello en la medida en la que la inscripción registral no convalida la invalidez del título que le da soporte (art. 33 LH)⁽³⁶⁾, habida cuenta de que el artículo 1322 CC parece operar como una auténtica «prohibición legal de disposición» *ex* artículo 26.2 LH, cuya operatividad a efectos registrales se «refuerza» en el artículo 91.1 RH que exige para la inscripción del acto dispositivo en cuestión que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia⁽³⁷⁾, mientras que si la vivienda es ganancial el artículo 93.2 RH requiere, además, para proceder a la inscripción la actuación conjunta de ambos cónyuges, de uno con el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial supletoria⁽³⁸⁾.

A las implicaciones que dicha manifestación exigida en el artículo 91.1 RH acerca de la naturaleza no familiar de la vivienda sobre la que recae el acto dispositivo tiene se refiere el propio artículo 1320 CC, cuando determina que «La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe», regla cuyo significado

(34) *Cfr.*, entre otros, GÓMEZ GALLIGO, F. J., 1992, p. 125 y MATEO SANZ, J. B., 2019, p. 590.

(35) En sentido contrario *vid.* MERINO GUTIÉRREZ, A., *ob. cit.*, p. 921, defendiendo la posibilidad del adquirente de consolidar una adquisición *a non domino* sin necesidad de esperar que transcurran los cuatro años en que se puede ejercitar la acción de anulación del acto dispositivo.

(36) *Cfr.*, entre otros, CUENA CASAS, M., 2011, pp. 324-325; MORALES IMBERNÓN, N., *ob. cit.*, p. 9334; y BERROCAL LANZAROT, A. I., *ob. cit.*, pp. 3463-3464 y 3488-3489. No en balde, dentro de la invalidez a que se refiere dicho artículo 33 LH se incluyen los supuestos de anulabilidad, caso del referido artículo 1322 CC [*Cfr.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., 2019, p. 650].

(37) En puridad, a efectos de la inscripción registral del acto dispositivo en cuestión, la necesidad de consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial supletoria se restringe en el Reglamento Hipotecario a los actos relativos a bienes gananciales (Arts. 93.2 RH y 1322 CC), sin que exista previsión equivalente respecto a los actos dispositivos sobre la *vivienda habitual* de la familia a que alude el artículo 1320 CC, en cuyo caso basta con que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter (art. 91.1 RH). Así lo estima por lo demás la doctrina de la Dirección General, tal y como se aprecia claramente, por ejemplo, en las RRDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018/2999), 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017/5843) y 9 de octubre de 2018 (RJ 2018/4494), así como en las RRDGSJFP de 6 de marzo de 2020 (RJ 2020/2982) y 16 de junio de 2020 (RJ 2020/3026), resoluciones todas ellas en las que de una u otra forma se analizan las implicaciones acerca de las expresiones de vivienda conyugal, vivienda familiar y vivienda habitual a efectos de poder practicarse la correspondiente inscripción *ex* artículo 91 RH.

(38) *Cfr.* CHICO Y ORTIZ, J. M., 2000, pp. 1119, 1126 y 1127, quien extiende además dicha necesidad de actuación conjunta de ambos cónyuges para la inscripción de actos dispositivos a los bienes pertenecientes a la comunidad post-ganancial.

puede conducir a equívoco. Nótese que tal referencia del artículo 1320 CC a la imposibilidad de que la manifestación errónea o falsa del cónyuge disponente acerca del carácter de la vivienda y su catalogación como no familiar perjudique al adquirente de buena fe no puede –por definición a tenor del artículo 33 LH – implicar la «convalidación» del negocio dispositivo anulable realizado por el cónyuge titular *ex* artículo 1322 CC⁽³⁹⁾.

Dicho de otra forma, aunque se trata de una cuestión ciertamente discutible visto el tenor literal de la norma, a mi entender el adquirente de buena fe a que se refiere el artículo 1320 CC únicamente podría ser el sub-adquirente del comprador al que –inicialmente– se le vendió la vivienda sin consentimiento del otro cónyuge⁽⁴⁰⁾, sin perjuicio de las reglas particulares que a este respecto se prevén en algunas normas forales y que ahondan en dicha cuestión⁽⁴¹⁾. Dicho sub-adquirente –o tercero

(39) En contra de dicho planteamiento se posiciona, por ejemplo, GIL MEMBRADO, C., en cuya opinión la referida imposibilidad de convalidación de la invalidez del acto dispositivo realizado *ex* artículo 33 LH se restringiría únicamente a los casos en los cuales el primer adquirente tiene conocimiento de la inexactitud/falsedad de la declaración que el cónyuge titular disponente ha realizado a los efectos del artículo 91 RH (2013, pp. 54-57). También GORDILLO CAÑAS, A., se posiciona en dicho sentido, considerando que la limitación dispositiva del artículo 1320 CC opera, visto su tenor literal y génesis en sede parlamentaria, como una limitación *inter partes* que *se detiene ante el tercero adquirente de buena fe*, de tal forma que la adquisición del tercero únicamente resultará claudicante cuando obre de mala fe, posicionándose el legislador con la regla prevista en dicho precepto en una línea similar a la del artículo 464 CC, aun cuando resulta crítico con la técnica legislativa empleada a tales efectos (ADC, pp. 1132 ss.). También CUENA CASAS, M., se muestra crítica con la solución del artículo 1320 CC, pero –alineándose con la tesis de GORDILLO CAÑAS– asume que es una decisión queridamente buscada por el legislador, aun cuando reconoce que el primer adquirente no es un tercero propiamente dicho como sí que lo sería el sub-adquirente del primer comprador, al tiempo que destaca la imposibilidad de que un acto de disposición inválido resulte convalidado por la inscripción de la adquisición en el Registro de la propiedad (2011, p. 325).

(40) Cfr: BERROCAL LANZAROT, A. I., ob. cit., pp. 3488-3489. Aunque en el texto principal se habla de «venta», lógicamente tal planteamiento resulta extrapolable a cualesquiera otros actos dispositivos susceptibles de incardinarse dentro del ámbito de aplicación del artículo 1320 CC en los términos apuntados *ut supra* (apartado 2.1).

(41) Estoy pensando, por ejemplo, en el caso del Derecho catalán, visto que el artículo 231-9.3 CCCat preceptúa que el acto dispositivo sobre la vivienda familiar realizado por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro «... 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». Por su parte, el artículo 190.3 CCCat prevé igualmente que «No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar». Otro tanto acontecía con la regla prevista en el artículo 18 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (declarada inconstitucional en su totalidad por la STC de 28 de abril de 2016), especialmente prolijo en su contenido y en el que expresamente se desarrollaba también la inoponibilidad de la anulabilidad de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. A propósito de las implicaciones de tales normas específicas previstas en los Derechos forales sobre la protección del adquirente de buena fe de la vivienda familiar *vid.*, por ejemplo, GIL MEMBRADO, C., ob. cit., pp. 58-61.

adquirente— sí que podrá ser considerado tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 LH⁽⁴²⁾, pues basta la manifestación por el cónyuge titular del carácter no familiar de la vivienda requerido por el artículo 91.1 RH para que el primer comprador pueda proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro, de forma que cuando éste lo vende de nuevo a un tercero éste podrá claramente beneficiarse de la protección derivada de la fe pública registral del artículo 34 LH, cuyos requisitos de aplicación concurren en su persona, habida cuenta de que este segundo acto dispositivo no está sancionado con invalidez alguna (a diferencia de cuanto acontece con el primero *ex* artículo 1322 CC). De lo contrario, si la manifestación errónea o falsa del disponente no perjudicase al adquirente de buena fe la protección pretendida por el legislador frente a la disposición unilateral de la vivienda familiar se vería desprovista de sentido en términos prácticos, visto que, lógicamente, tal manifestación siempre será errónea o falsa —sin perjuicio de sus repercusiones penales— y el carácter familiar de la vivienda carece de un *status* registral autónomo y perfectamente delimitado que permita un adecuado desenvolvimiento de la vertiente positiva de la fe pública registral y su consiguiente calificación en sede registral *ex* artículo 18 LH⁽⁴³⁾. Parece pues claro que si la finalidad última de la introducción de la regla del artículo 1320 CC era precisamente la de dotar de un adecuado *status* de protección a la vivienda familiar vigente el matrimonio la referencia en dicho precepto al adquirente de buena fe debería restringirse al «tercero adquirente»⁽⁴⁴⁾, ya que de lo contrario la protección de la vivienda familiar se vería reducida a una mera cuestión indemnizatoria a resultas de una pretendida «mera eficacia *inter partes*» (entre los cónyuges) de la limitación prevista en dicho precepto, en tanto que el cónyuge no titular no podría enervar los efectos traslativos del acto dispositivo realizado sin su consentimiento por el cónyuge titular.

(42) *Vid.* en este sentido GARCÍA CANTERO, G., 1982, pp. 132-133, apuntando el carácter superfluo de la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 1320 CC vista su necesidad de integración con el régimen instaurado en el artículo 34 LH.

(43) A tales dificultades en la calificación registral del acto dispositivo realizado sobre la vivienda familiar, que se limita *ex* artículo 91 RH a la manifestación efectuada por el cónyuge titular, se refiere, por ejemplo, la RDGSJFP de 5 de junio de 2023 (BOE-A-2023-15169, FJ 6.º *in fine*).

(44) Sin embargo, la STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10136) expresamente destacaba que «... el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión» (FJ 2.º), aunque sin efectuar ulteriores precisiones al respecto, en un caso en el que se concluyó que la venta de la vivienda familiar efectuada por la hija del marido (al que este último se la había donado) tras la atribución judicial del uso a la esposa obligaba al adquirente que inscribió su adquisición en el Registro a respetar dicho derecho de uso, pese a la aplicación al supuesto enjuiciado a la normativa anterior a la reforma operada en 1981, en la que se introdujo la limitación dispositiva del artículo 96 CC.

Por contra, conviene tener presente que la sanción de mera anulabilidad de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar sin el consentimiento de ambos cónyuges implica la posibilidad teórica de que el adquirente a título oneroso pueda adquirir por usucapión ordinaria en el plazo de diez años dicha vivienda⁽⁴⁵⁾ (lo que puede ocurrir antes de que la disolución de la sociedad o del matrimonio tenga lugar, como por defecto fija como *dies a quo* el artículo 1301.5.º CC). En todo caso para que tal adquisición por usucapión pueda acontecer deberá concurrir el referido desplazamiento posesorio de la vivienda, lo que lo convierte en un supuesto harto improbable, habida cuenta de que en tal caso parece razonable entender que la posesión por el tercero resulta de facto incompatible con la inexistencia de un consentimiento tácito al acto dispositivo realizado por el cónyuge titular, haciendo innecesario esperar a que transcurran diez años (ya que el conocimiento del acto dispositivo con anterioridad a la disolución de la sociedad o el matrimonio opera igualmente como *dies a quo* de la caducidad de la acción *ex* artículo 1301.5.º CC).

2.4 Legitimación y plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad

En términos procesales la anulación *ex* artículo 1322 CC del acto dispositivo solo puede ser instada por medio de acción o reconvención y no de excepción [SSTS, entre otras, de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10642), 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6514) y 20 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5077)] por el otro cónyuge o sus herederos, no por el cónyuge contratante o el tercero que con éste contrata⁽⁴⁶⁾ [SSTS, entre otras, de 20 de febrero de 1988 (RJ 1988\1073), 22 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10104) y 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3202)].

(45) *Cfr.* SANCINENA ASURMENDI, C., ob. cit., p. 123.

(46) Respecto a la posible impugnación por el tercero contratante, estima DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. que su situación «... puede ser digna de especial protección en dos casos, cuando ignoraba que el disponente con quien contrató estaba casado o cuando, expresa o tácitamente, el acto se supeditó o condicionó a la confirmación o ratificación. En el primer caso puede entenderse que el tercero dispone de una acción de nulidad propia por error en las cualidades de la persona con quien contrató. En el segundo caso, la espera de la confirmación o ratificación no podrá extenderse más allá de lo razonable. Si así no ocurre, hay que entender que el disponente incumplió sus obligaciones y que el acto por esta razón es resoluble» (1984, p. 1511). En esta línea, la STS de 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8836) admitía, si bien con carácter de mero *obiter dictum*, la posibilidad del tercero de impugnar la validez de la enajenación de bienes gananciales realizada por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, señalando que «... la acción de nulidad de aquellos actos dispositivos efectuados sin consentimiento de uno de los cónyuges, correspondería al cónyuge preterido o a sus herederos, y, asimismo el tercero de buena fe podría invocar esa nulidad en defensa de sus intereses que le fuesen propios» (FJ 4.º).

Tal y como se ha avanzado, el plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad es de cuatro años (plazo de caducidad)⁽⁴⁷⁾, iniciándose el cómputo *desde el día de disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente* del acto/contrato realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro (Art. 1301 CC). El *dies a quo* aplicable por defecto al cómputo de dicho plazo de caducidad de la acción de la anulabilidad resulta común tanto a los actos/contratos realizados sin el debido consentimiento conjunto sobre bienes gananciales como a la disposición de la vivienda familiar, solución que a mi modo de ver resulta criticable, en tanto que en el caso particular de los actos de disposición sobre la vivienda familiar no parece tener mucho sentido posponer por defecto el inicio del cómputo de tal plazo a la fecha de disolución de la sociedad de gananciales o del matrimonio. Y ello porque no parece que la disposición de la vivienda familiar puede tratarse de un acto que pase desapercibido para el cónyuge que no presta su consentimiento, al menos cuando el acto dispositivo en cuestión comporte la cesión posesoria a un tercero (de forma tal que parece que en tal caso lo lógico es estimar que en tales casos estaremos siempre en presencia de un consentimiento tácito/presunto al acto dispositivo realizado), a diferencia de cuanto acontece con otros bienes que integran el patrimonio ganancial (respecto a los que resulta innegable la posibilidad de que un acto dispositivo pase desapercibido a uno de los cónyuges hasta el momento en el que con motivo de la disolución de la sociedad/matrimonio se recapitula acerca del activo/pasivo de la sociedad, al menos cuando tal patrimonio resulte cuantioso).

Distinto parece el caso de los actos dispositivos que por su propia naturaleza no resultan «tangibles» para el otro cónyuge, caso particularmente de la hipoteca de la vivienda, en tanto que tal hipoteca no despoja *per se* al matrimonio de su solución habitacional, sino que sencillamente la compromete a futuro, caso de que la deuda garantizada con la hipoteca resulte incumplida⁽⁴⁸⁾. Con todo, incluso en tal caso considero que la posición del *dies a quo* al momento de la disolución de la sociedad/matrimonio no resulta razonable, dada la excesiva prolongación en el tiempo de una situación de pendencia/inseguridad jurídica que ello entraña, incompatible con la necesaria seguridad del tráfico inmobiliario que resulta

(47) Cfr. STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136), modificando, tal y como destaca RAGEL SÁNCHEZ, L. F., el planteamiento adoptado en otras resoluciones previas que se mostraban más vacilantes al respecto, admitiendo la posibilidad de que el plazo del artículo 1301 CC se interprete como un plazo de prescripción (2017, pp. 288-289).

(48) *Vid.* en detalle *infra* las consideraciones efectuadas en el siguiente capítulo dedicado a la disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial, en particular en casos de ejecución de la vivienda sobre la que pesa el derecho de uso.

deseable en todo ordenamiento. Seguridad que, al menos a mi parecer, sería fácilmente subsanable a través de un mejor tratamiento y constancia en sede registral de la naturaleza familiar de la vivienda que se proyecte en el correlativo control de los actos dispositivos que sobre ella se efectúan, mas allá de la insuficiente y genérica previsión a tales efectos contenida en el artículo 91.1 RH.

BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A. I., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3458-3508.
- CARRASCO PERERA, A. F., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 551-568.
- CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tol-sada, M. y Cuena Casas, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 275-441.
- DE LOS MOZOS, J. L. «Comentario a los artículos 1320 y 1322», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, Vol. 1, 1982, Edersa, Madrid, pp. 125-133 y 141-150.
- DIÉGUEZ MORÁN, M., «El consentimiento del cónyuge en la adquisición financiada de la vivienda familiar», en Sancinena Asurmendi, C., Fernández Chacón, I. y Gago Simarro, C. (Dirs.), *La vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 265-277.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario a los artículos 1320 y 1322», en *Comentarios de las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1505-1507 y 1508-1510.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al artículo 33 de la Ley Hipotecaria», en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 647-654.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Thomson-Reuters, 2018.
- «La disposición de la vivienda familiar», en Sancinena Asurmendi, C., Fernández Chacón, I. y Gago Simarro, C. (Dirs.), *La vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 209-264.
- FERRER RIBA, J., «Atribución del uso de vivienda familiar en una ruptura de pareja de hecho concurriendo menores de edad hijos de distinto progenitor: Comentario a la STS de 17 octubre de 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108, 2018, pp. 51-68.



- GAGO SIMARRO, C., «Atribución del uso de la vivienda habitual tras el cese de la convivencia de una pareja de hecho», en Sancinena Asurmendi, C. y Carbajo González, J. (Dirs.), *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2018, pp. 127-163.
- GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «Parejas de hecho y arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de arrendamientos urbanos de 1994», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, agosto 2023, pp. 284-333 (disponible online en https://revista-aji.com/articulos/2023/19/AJI19_9.pdf).
- GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 96 y 1320», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentarios al Código y compilaciones forales*, T. II y T. XVIII, vol. 1, Edersa, Madrid, 1982, pp. 406-415 y 125-133.
- GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., «STS de 16 de diciembre de 1996. Unión de hecho *more uxorio*. La promesa de matrimonio no sirve de fundamento al resarcimiento de los daños y perjuicios. Aplicación del artículo 1.902. Exclusión de daños morales. Atribución temporal al uso de la vivienda familiar al miembro de la pareja no titular de la misma», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, 1997, pp. 401-413.
- GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.
- GIMÉNEZ DUART, T., «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (Ensayo contra el Artículo 1322 CC)», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 28, 1988, pp. 233-264.
- GÓMEZ GALLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992.
- GORDILLO CAÑAS, A., «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1982, pp. 1111-1160 (disponible online en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1982-40111101160).
- JEREZ DELGADO, C., «Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos», *Indret*, núm. 4, 2018 (disponible online en <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/11/1418.pdf>).
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV (Derecho de Familia), Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- LEGERÉN MOLINA, A., «El uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia en las uniones de hecho», en Cervilla Garzón, M.^a D., y Lasarte Álvarez, C. (Coords.), *Ordenación económica del matrimonio y crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 815-838.
- MARÍN VELARDE, A., «La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar *ex* artículo 96 del CC. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011, pp. 285-293.
- MATEO SANZ, J. B., «Comentario al artículo 26 de la Ley Hipotecaria», en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 570-608.



- MERINO GUTIÉRREZ, A., «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, núm. 1, 1995, pp. 916-921.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., Prólogo al libro de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E., *Disposición de bienes gananciales*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en Berco-vitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, T. VII, Ti-rant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9327-9335.
- PÉREZ CONESA, C., «División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2012, pp. 75-80.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La sociedad de gananciales. La gestión de la sociedad», en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III, T. I (*Los regímenes económicos matrimoniales*), Thom-son-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 863-1004.
- *El Régimen de Gananciales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017.
- RAMS ALBESA, J. J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Comentario al artículo 1378», en Pasquau Liaño, M. (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, T. III, 2.^a Ed., Comares, Granada, 2009, pp. 2772-2774.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E., *Disposición de bienes gananciales*, Aranzadi, Pam-plona, 2000.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., *La usucapión inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

C. DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

C.2 Disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial*

Ignacio Fernández Chacón
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo
ichacon@uniovi.es

Resumen: *Los artículos 1320 y 96.3 CC restringen el poder de disposición sobre la vivienda familiar de los cónyuges, no solo vigente el matrimonio sino también tras la crisis matrimonial cuando el derecho de uso sobre dicha vivienda ha sido atribuido a uno de ellos. La similitud que presenta la redacción de ambos preceptos –acrecentada tras la reforma operada en el artículo 96 CC por la Ley 8/2021 de derechos de las personas con discapacidad– sugiere a primera vista la existencia de una identidad de razón entre ellos que, sin embargo, se compadece mal con las diferentes implicaciones prácticas que los actos dispositivos sobre la vivienda familiar tienen vigente el matrimonio y tras la crisis matrimonial, en particular visto el dispar status, constancia registral y oponibilidad a terceros que la naturaleza familiar de la vivienda presenta en uno y otro caso.*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).



Palabras clave: *vivienda familiar, actos dispositivos, derecho de uso, oponibilidad a terceros.*

Abstract: *Articles 1320 and 96.3 Civil Code limit the spouses' power of disposal over the family home, not only during the marriage but also after the marital crisis when the right of use of said home has been attributed to one of them. The similarity in the wording of both articles –increased after the reform of artículo 96 by Law 8/2021 on the rights of persons with disabilities– suggests at first sight the existence of an identity of reason between them, which, however, does not correspond with the different implications that disposal acts over the family home have during the marriage and after the marital crisis, in particular given the different status, access to the land register and enforceability against third parties that the family nature of the home presents in each case.*

Keywords: *family home, disposal acts, right of use, enforceability against third parties.*

Sumario: 1. Disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial: limitaciones asociadas a la atribución del derecho de uso y diferenciación de supuestos. 2. La distinta significación de la limitación dispositiva de los artículos 1320 y 96.3 CC. 3. Casuística particular de la hipoteca de la vivienda sobre la que recae el derecho de uso. Bibliografía.

1. DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL: LIMITACIONES ASOCIADAS A LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO Y DIFERENCIACIÓN DE SUPUESTOS

Tras la crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio) la subsistencia del concepto mismo de vivienda familiar se supedita a la correspondiente atribución del derecho de uso sobre dicha vivienda a uno de los cónyuges, de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 96 CC, lo que determinará la aplicación de la limitación dispositiva prevista en el artículo 96.3 CC, según el cual:

«Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial.



Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

No en balde, en defecto de tal atribución del derecho de uso el destino de la que durante el matrimonio constituía la vivienda familiar se restringirá a un mero problema de liquidación del régimen económico-matrimonial, a resultas del cual se determinará su carácter privativo, ganancial o en régimen de copropiedad de los cónyuges (bien ordinaria o bien en conjunción con la propia sociedad *ex* artículo 1354 CC), desapareciendo con ello el calificativo y connotaciones jurídicas asociadas a la vivienda familiar, que pasará a conformar un mero activo patrimonial equiparable a cualesquiera otros de los cónyuges, cuyo régimen de disposición no reviste particularidad alguna desde el prisma del Derecho de familia.

El alcance de la limitación dispositiva prevista en el artículo 96.3 CC debe pues interpretarse de acuerdo con la naturaleza jurídica de dicho derecho de uso, de forma tal que la formulación de reglas encaminadas a dilucidar las implicaciones derivadas de su aplicación requiere diferenciar entre dos grandes grupos de casos: 1) Aquéllos en los que la vivienda familiar es propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso o pertenece en copropiedad a ambos cónyuges; 2) Aquéllos en los que la vivienda familiar pertenece total o parcialmente a un tercero⁽¹⁾. Y ello porque la naturaleza jurídica del derecho de uso se encuentra condicionada, a su vez, por el tipo de derecho que los cónyuges tenían con anterioridad a la atribución judicial⁽²⁾, y no a la inversa⁽³⁾.

En este sentido, no cabe perder de vista que el derecho de uso no constituye sino una mera proyección del título jurídico por el que ambos cónyuges o el cónyuge titular no beneficiario de dicho uso tenían en su poder la vivienda familiar con anterioridad a la crisis matrimonial⁽⁴⁾, a sa-

(1) *Cfr.* PERTÍNEZ VILCHEZ, F., *Derecho Privado y Constitución*, pp. 345 ss.

(2) *Cfr.*, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *AC*, p. 1333 y RAMS ALBESA, J., 1987, p. 109.

(3) Pese a ello, continúa habiendo autores que optan por aferrarse a dicho esquema y pretenden perfilar primero la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar en abstracto –al margen de la concreta y previa situación jurídica en la cual se enmarca la atribución de dicho derecho de uso– para posteriormente extrapolar sus conclusiones a cada uno de los distintos supuestos que pueden darse y enfrentarse, nuevamente, a la necesidad de hacer depender dicha naturaleza jurídica del concreto tipo de derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda familiar, caso, por ejemplo, de GARCÍA MAYO, M., 2019, pp. 173 ss. (que conceptualiza el uso de la vivienda familiar como derecho real para luego tener que lidiar con, por ejemplo, tal uso en los casos en que la ocupación se legitima o ampara en un contrato, caso del arrendamiento, comodato o mero precario).

(4) *Cfr.*, entre otros, BELLO JANEIRO, D., *Aranzadi Civil*, p. 173 y PERTÍNEZ VILCHEZ, F., *ob. cit.*, p. 347. El primero de tales autores transcribe a tal efecto el razonamiento de la SAP de Cádiz

ber: propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del uso o de un tercero, propiedad común/ganancial de ambos cónyuges o copropiedad entre ellos o con un tercero, usufructo, uso, habitación, arrendamiento o comodato, etc. Dicho enfoque es el actualmente acogido por el Tribunal Supremo, en particular a partir de sus Sentencias de unificación de doctrina de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323) y 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) y su contravención equivaldría a reconocer que la atribución del derecho de uso *ex* artículo 96 CC implica la transformación del derecho previo de ocupación de la vivienda en un derecho nuevo, cuyo titular exclusivo sería el cónyuge beneficiario del uso⁽⁵⁾, sin más título para ello que la resolución judicial o acta notarial que atribuye u homologa el uso acordado en el convenio regulador⁽⁶⁾.

Así pues, cuando la vivienda familiar pertenece total o parcialmente a un tercero la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC no resultaría aplicable⁽⁷⁾, toda vez que la atribución del derecho de uso sobre dicha vivienda no es susceptible de operar transformación alguna en el título jurídico que legitimaba la ocupación del inmueble por los cónyuges vigente el matrimonio⁽⁸⁾ (particularmente cuando tal ocupación lo era en concepto

(Sección 3.ª) 11 diciembre 1993 (AC 1993\2539), según la cual: «... la facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no altera la naturaleza jurídica del título que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda en cuestión en épocas anteriores a la fractura matrimonial [...]» (FJ 4.º).

(5) Como destaca ESPIAU ESPIAU, S., debe tenerse en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar no puede suponer el reconocimiento de titularidad alguna al cónyuge que no la tenía antes de la crisis matrimonial, pues como hemos apuntado y destaca dicho autor el propio artículo 96. IV CC alude al cónyuge no titular, lo que *per se* excluye la consideración como titular del cónyuge beneficiario de la atribución del uso de la vivienda (1992, pp. 183 y 200 ss.). Por contra, GARCÍA MAYO, M., considera que «... cuando el párrafo se refiere al “cónyuge no titular”, simplemente se puede estar refiriendo al cónyuge que no era titular originariamente, es decir, titular del derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda durante la estabilidad matrimonial» (ob. cit., p. 103).

(6) Tal planteamiento se apreciaba, por ejemplo, en la SAP de Madrid (Sección 12.ª) de 24 de marzo de 1992 (AC 1992\474), en tanto que reconocía que el titular del derecho de uso de la vivienda familiar tiene título legítimo de posesión al desestimar la demanda de desahucio por precario ejercitada por el propietario del inmueble (padre del marido) contra la esposa titular del derecho de uso, so pretexto de que «... 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 artículo 1740 CC, es lo cierto que a través de las medidas provisionales de divorcio se señaló domicilio a la demandada en el piso [...] 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*».

(7) *Vid.* en detalle a este respecto las consideraciones efectuadas en FERNÁNDEZ CHACÓN, I., y GAGO SIMARRO, C., *RCDI*, pp. 3390 ss.

(8) Nótese que a atribución judicial a uno de los cónyuges del derecho de uso sobre la vivienda familiar no crea un derecho *ex novo* con una protección y entidad superior a la que previamente y durante el matrimonio ostentaban los cónyuges, por lo que la sentencia judicial (decreto o acta notarial) de divorcio, separación o nulidad matrimonial no puede mutar el título de posesión del bien

de mero precario por la cesión gratuita de un familiar o allegado)⁽⁹⁾, ni implica una subrogación *ex lege* del contrato que amparaba su uso con anterioridad a la crisis matrimonial⁽¹⁰⁾ (excepción hecha de la regla prevista en el artículo 15 LAU)⁽¹¹⁾.

De acuerdo con el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo en las sentencias referidas, únicamente cuando la vivienda es propiedad de uno o ambos cónyuges la resolución de separación/divorcio y el convenio regulador tienen algún tipo de virtualidad transformadora de la situación jurídica preexistente de éstos con respecto a su uso⁽¹²⁾, lo que a su vez determina las implicaciones asociadas a la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC. Sin embargo, pese a que la STS plenaria de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) sistematiza dentro de un mismo bloque los casos en los que la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges o conjuntamente a ambos a efectos de determinar la naturaleza y efectos que la atribución del uso de la vivienda familiar entraña (tanto frente a terceros como entre los propios cónyuges), lo cierto es que ambos supuestos gozan de autonomía propia y suscitan problemas dispares, puesto que no parece razonable que el derecho de uso tenga las mismas connotaciones cuando el cónyuge beneficiario no es propietario de la vivienda que cuando ésta le pertenece en parte.

En particular, cuando la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges la atribución del derecho de uso al otro implica una clara desligazón entre la «nuda propiedad» de la vivienda (cónyuge titular) y su detentación posesoria, que la resolución judicial o el correspondiente convenio regulador confieren al otro cónyuge, conceptualizándose dicho uso como un «derecho de naturaleza familiar» [como confirman las SSTs, entre otras, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323) y 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930) y la doctrina de la Dirección General⁽¹³⁾],

por parte de los cónyuges. Cfr: CUENA CASAS, M., 2011, p. 365; BELLO JANEIRO, ob. cit., p. 163; y PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., ob. cit., p. 347.

(9) Cfr: FERNÁNDEZ CHACÓN, I., y GAGO SIMARRO, C., ob. cit., pp. 3391-3400.

(10) Cfr: SSTs, entre otras, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323, FJ 3.º) y de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274, FJ 7.º).

(11) En la actualidad no cabe duda de que el artículo 15 LAU contempla la subrogación legal del cónyuge al que se le atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar. Ello significa que el cónyuge titular del derecho de uso *ex* artículo 96 CC se convierte en el nuevo arrendatario como consecuencia de la adjudicación judicial del derecho de uso de la vivienda familiar, al menos siempre y cuando notifique al arrendador en el plazo de dos meses su voluntad de continuar en el arrendamiento, aportando copia de la resolución judicial, tal y como se enfatiza en la STS de 26 de octubre de 2015 (RJ 2015\5608). A propósito del régimen instaurado en dicho precepto vid. por todos CARRASCO PERERA, A., 2020, pp. 551 ss.

(12) Vid. STS de 18 de enero de 2010 (FJ 5.º).

(13) Vid. RRDGRN de 20 de febrero de 2004 (RJ 2004\2376), 10 de octubre de 2008 (RJ 2009\634), 14 de mayo de 2009 (RJ 2009\3006), 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975), 20 de octubre de 2016 (RJ 2016\5682) o 30 de mayo de 2018 (RJ 2018\2512).



cuya posibilidad de acceso al Registro de la propiedad –a efectos de su correspondiente oponibilidad a terceros– expresamente se prevé en el artículo 96.3 CC tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Mención expresa en el vigente artículo 96.3 CC de la posibilidad de acceso al Registro del derecho de uso –y consiguiente restricción dispositiva que para el cónyuge titular entraña, a la que literalmente y a mi parecer de forma técnicamente incorrecta parece restringirse la inscripción según dicho precepto⁽¹⁴⁾– que ya resultaba factible anteriormente *ex* artículos 103.2.^a

(14) Habida cuenta de que en términos literales el artículo 96.3 CC alude a que lo que se hará constar en el Registro de la Propiedad es *la restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar* y no el derecho de uso propiamente dicho, hay autores que consideran que de acuerdo con tal redacción (y a pesar de criticar la solución adoptada de *lege data* tras la reforma) lo único que por el momento puede hacerse constar es tal restricción y no el derecho de uso propiamente dicho, a expensas de la interpretación jurisprudencial que pueda efectuar el Tribunal Supremo [*vid.*, por ejemplo, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, *RCDI*, pp. 1155 ss., así como 2023, pp. 402 ss. (especialmente 412-417); o DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *CCJC*, pp. 117, 118, 128 y 129, entre otras, aunque en este caso con muchos matices, destacando en todo momento la incidencia del principio de especialidad registral en la constancia del derecho de uso con trascendencia jurídico-real (pp. 122 ss., fundamentalmente en lo que concierne a su duración y titular) y cómo a efectos de dicho principio de especialidad *no hay duda de que el régimen jurídico aplicable a esta restricción depende de cómo se haya configurado la atribución del uso de la vivienda familiar*, particularmente cuando tal uso deriva del convenio regulador y no directamente de la autoridad judicial (pp. 128-130)]. Sin embargo, a mi parecer, pese a lo que la literalidad del artículo 96.3 CC pudiera sugerir a primera vista lo que registralmente debiera hacerse constar –como ya se hacía antes de la reforma– es la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, no la restricción del poder de disposición del cónyuge titular/cotitular, restricción que va de suyo asociada a la atribución del uso, sin que a mi parecer tenga sentido preconizar una doble inscripción: derecho de uso y restricción del poder de disposición, en la medida en que la segunda es correlato de la primera, cual acontece con otros derechos como puede ser el usufructo, como por lo demás apuntaba en su momento el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley (pp. 57 y 58, disponible *online* en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad>). Por ello resulta un tanto perturbador a este respecto el razonamiento efectuado en la STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930), cuando afirma que «Tampoco la usuaria, según el derecho de familia, ostenta ningún título adquisitivo inscrito sobre el inmueble hipotecado, sino que, como reza el artículo 96 CC, en su actual redacción, perfectamente extrapolable a su anterior contenido normativo, es la “restricción en la facultad de disposición sobre la vivienda familiar” la que “se hará constar en el Registro de la Propiedad” y no, por lo tanto, una suerte de usufructo asimilado que le atribuya la condición de parte contra la que deba dirigirse la demanda ejecutiva» (FJ 3.^o), si bien en el caso enjuiciado tal razonamiento estaba encaminado únicamente a desvirtuar la posibilidad de considerar al cónyuge beneficiario del uso como tercer poseedor en un procedimiento de ejecución hipotecaria a los efectos del artículo 662 LEC (*vid.* en detalle *infra* apartado 2). Por otro lado, y por lo que concierne a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, cabe destacar que en la calificación registral objeto del recurso gubernativo enjuiciado por la Resolución de 5 de junio de 2023 expresamente se planteaba esta dicotomía entre la inscripción del uso *vs* restricción dispositiva tras la reforma operada en 2021 en el artículo 96.3 CC, frente a lo cual la Dirección General insistía nuevamente en la posibilidad de inscripción del Derecho de uso *ex* artículos 96 CC, 1 y 2 LH y 7 RH, sin que tales conclusiones queden «... empañadas por la modificación que en la redacción del artículo 96, apartado 3, del Código Civil se ha introducido por el artículo segundo, apartado once, de la Ley 8/2021, de 2



CC y 96.2 RH⁽¹⁵⁾, pero a resultas de la cual se atajan buena parte de las discusiones en torno a su naturaleza jurídica (real, personal o *sui generis*) suscitadas antes de la reforma en aras, precisamente, a justificar tal constancia registral y su correlativa oponibilidad a terceros⁽¹⁶⁾ (si no ya del derecho de uso propiamente dicho al menos sí de la restricción dispositiva que garantiza el disfrute de la vivienda por el ex-cónyuge beneficiario).

Si la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges el derecho de uso de la vivienda familiar deriva de la resolución judicial o del convenio que atribuye dicho uso *ex* artículo 96 CC [STS plenaria de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274, FJ 5.º)], lo que implica la mutación de la posición jurídica del cónyuge titular previa a la crisis matrimonial respecto a dicha vivienda en un doble sentido: a partir de ese instante queda desprovisto de su derecho de uso y disfrute del inmueble, al haberse atribuido a su expareja de forma exclusiva y excluyente, pasándose de una situación de coposesión vigente el matrimonio a una posesión en exclusiva tras la crisis matrimonial⁽¹⁷⁾; y, además, según el artículo 96.3 CC, ve limitadas sus facultades de disposición sobre la vivienda en cuestión, de la cual no puede disponer sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso o de la correspondiente autorización judicial⁽¹⁸⁾.

de junio» (FJ 7.º). Por el contrario, la RDGSJFP de 11 de marzo de 2024 (BOE-A-2024-7170) parece decantarse (FJ 3.2) por la solución contraria –si bien de una forma un tanto ambigua– al insistir en que tras la reforma operada el beneficiario del derecho de uso no ostenta según el Derecho de familia ningún título adquisitivo inscrito en el Registro sobre el inmueble sino que lo que se hace constar es únicamente la restricción en la facultad de disposición, negando toda posibilidad de asimilación a una especie de usufructo (si bien en el caso analizado tales conclusiones se realizaban –asimismo a propósito de la posición del cónyuge beneficiario en el procedimiento de ejecución hipotecaria, adaptándose a la nueva doctrina sentada tras la STS anteriormente citada y analizada *infra* apartado 2).

(15) Por medio de la correspondiente anotación registral de la medida cautelar que restringe el poder de disposición del cónyuge titular de la vivienda familiar para asegurar la efectividad del derecho de uso acordado provisionalmente pendiente el correspondiente procedimiento matrimonial (art. 103.2.ª CC); y tras la firmeza de la sentencia de separación/divorcio mediante nota marginal (art. 96.3 RH).

(16) *Vid.* en detalle a este respecto los argumentos y referencias bibliográficas contenidos en FERNÁNDEZ CHACÓN, I., y GAGO SIMARRO, C., *ob. cit.*, pp. 3376 ss.

(17) Conceptualización del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de uso de tipo exclusivo y excluyente formulado inicialmente por ROCA TRÍAS, E., tras la reforma operada en 1981 (1984, pp. 612-613 y 2011, p. 522) y que, con unos u otros matices en cada caso, defienden asimismo, entre otros, SERRANO ALONSO, E., 1986, p. 107 (quien lo considera como una mera facultad de usar y disfrutar de la vivienda); BLANDINO GARRIDO, M. A., *La Ley*, pp. 1963 ss.; SERRANO GÓMEZ, E., 1999, p. 24; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *Revista de Derecho de Familia*, pp. 26-27; ACHÓN BRUNÉN, M., *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, pp. 37-86; LEGERÉN MOLINA, A., *CCJC*, p. 532; o MURCIA QUINTANA, E., 1992, p. 252. De tal forma que dada la imposibilidad de concurrencia en distintas personas de la posesión fuera de los casos de indivisión (art. 445 CC) el legislador obliga a tomar en cuenta solo una posesión, que provisionalmente prevalecerá sobre la otra o sobre las demás posesiones aparentemente concurrentes de acuerdo con los criterios formulados en el propio artículo 445 CC [Cfr. STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\3301)].

(18) Cfr. RRDGRN, entre otras, de 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975, FJ 2.º), 20 de octubre de 2016 (RJ 2016\5682, FJ 2.º), 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336) o 30 de mayo

Nótese que la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC está precisamente diseñada para los casos en los que la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges y el uso se atribuye al cónyuge no titular, como por lo demás se infiere claramente de su tenor literal (*para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular*)⁽¹⁹⁾. No en balde, si el cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda familiar es el propietario en exclusiva de dicha vivienda –bien porque ya lo era *ab initio* o porque se le adjudica a consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial– el uso carece de sentido, pues dicho uso queda comprendido dentro de sus facultades dominicales⁽²⁰⁾, motivo por el cual la Dirección General de Registros y del Notariado rechaza la posibilidad de acceso del derecho de uso al Registro en tal caso⁽²¹⁾.

Sin embargo, cuando la vivienda es copropiedad del cónyuge beneficiario el derecho de uso se superpone al derecho dominical o cuota que éste tiene, de forma tal que la virtualidad transformadora de la resolución judicial o convenio que atribuye el derecho de uso resulta mucho más limitada, habida cuenta de que el uso y disfrute del bien forma parte de los derechos inherentes a todo comunero (Art. 394 CC). En estos casos la

de 2018 (RJ 2018\2512).

(19) Cfr: SSTs, entre otras, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323, FJ 3.º), 6 de marzo de 2015 (RJ 2015\1104, FJ 4.º) y 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\352, FJ 2.º).

(20) Cfr., entre otros, ROCA TRIAS, E., 1984, p. 609; y BERROCAL LANZAROT, A. I., ob. cit., p. 3464. Así lo precisaba, por ejemplo, la SAP de Asturias (Sección 6.ª) de 3 de mayo de 2004 (JUR 2004\190185), según la cual: «Se configura así el derecho de uso [...], al margen de cuál sea su naturaleza (real u obligacional), como un derecho propio, distinto al de propiedad que sobre la vivienda puedan ostentar uno o ambos exónyuges y oponible a terceros. Ahora bien, ello es perfectamente compatible y por ello no obsta en absoluto a la posibilidad de aplicación a tal derecho de uso de las reglas legales generales sobre extinción de derechos y, en este sentido, ya se le configure como un derecho real limitativo del dominio o como una carga obligacional, es evidente que la reunión en una misma persona del gravamen que representa y el dominio de la vivienda a que afecta ha de reputarse lo extingue, obviando así la necesidad de instar la correspondiente modificación de medidas para dejarlo sin efecto. Ello es así porque, si se califica tal derecho de uso como real, aun cuando en nuestro derecho no se regule con carácter general la consolidación como causa de extinción en esta sede, su aplicación general resulta de lo así dispuesto para el usufructo en el artículo 513.2 y, para el de servidumbre en el artículo 546.1, ambos del Código Civil, siendo generalizada esa causa de extinción por la doctrina al resto de los derechos reales limitativos del dominio, desde el momento en que su razón de ser es de aplicación general en cuanto está basada en el principio *nemine res sua servit* esto es en la imposibilidad práctica de ostentar un derecho real limitativo sobre la propia cosa. Por otra parte, la consolidación como causa de extinción del derecho real es una figura paralela y equivalente a la confusión en las obligaciones a la que se refiere el artículo 1192 CC estableciendo que *Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor*. En definitiva [...] sería un contrasentido en sus propios términos que una misma persona fuera titular de un gravamen sobre su propia casa, esto es sujeto activo y pasivo de una misma relación jurídica [...] derivando su actual derecho de uso no de esa atribución sino de las facultades inherentes al derecho de propiedad» (FJ 3.º).

(21) Vid. en este sentido las RRDGRN, entre otras, de 6 de julio de 2007 (RJ 2007\6161), 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007\6167), 10 de octubre de 2008 (RJ 2009\634), 14 de mayo de 2009 (RJ 2009\3006), 9 de julio de 2013 (RJ 2013\6668) y 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975).



verdadera significación de la atribución del derecho uso radica en que tal uso resulta exclusivo y excluyente del disfrute del otro cónyuge copropietario, modulando con ello las reglas generales aplicables a la comunidad de bienes y obligando a determinar la interacción de derecho de uso con las restantes facultades que a ambos cónyuges les corresponden en su condición de comuneros, en particular –a los efectos que aquí interesan– con la acción de división de la cosa común (Art. 400 CC) y con la facultad de disposición de su cuota que asiste a todo comunero⁽²²⁾ (Art. 399 CC).

En tales casos de vivienda común o copropiedad de ambos cónyuges –independientemente del porcentaje que cada uno de ellos ostente y de cómo se haya llegado a dicha situación de cotitularidad⁽²³⁾– en teoría el cónyuge no beneficiario tiene vetada *ex* artículo 96.3 CC la posibilidad de realizar actos dispositivos susceptibles de constreñir el derecho de uso de la vivienda familiar (lo que por definición no acontecería por la posible y mera enajenación de su cuota de acuerdo con el artículo 399 CC)⁽²⁴⁾, pero no por ello se ve abocado a permanecer *sine die* en régimen de copropiedad⁽²⁵⁾, pues tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial resulta pacífica la admisión de su derecho a ejercitar la acción de división de la cosa común *ex* artículo 400 CC⁽²⁶⁾.

(22) Me refiero únicamente a la posibilidad de disposición de la cuota de los comuneros habida cuenta de que la posibilidad de realización de actos dispositivos no de la cuota sino de los bienes en su totalidad pertenecientes a la comunidad de forma aislada por uno de los comuneros sin el consentimiento de los restantes resulta –al igual que acontece en el caso de la comunidad hereditaria– una cuestión tradicionalmente controvertida a nivel doctrinal y jurisprudencial. *Vid.* en detalle a este respecto FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2018, pp. 166 ss.

(23) Nótese que la copropiedad de ambos cónyuges puede tener su origen en situaciones diversas: puede ser que vigente el matrimonio la vivienda fuese ya de ambos cónyuges por haberla adquirido conjuntamente en copropiedad (con anterioridad o durante la convivencia matrimonial) o puede igualmente deberse a la liquidación de la sociedad de gananciales atribuyéndose en la liquidación la propiedad del inmueble a ambos en régimen de copropiedad.

(24) La mera enajenación de la cuota que corresponde a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar copropiedad de ambos en nada empece u obstaculiza el desenvolvimiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido tras la crisis matrimonial, al menos siempre y cuando tal uso conste debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, por más que del tenor literal del artículo 96.3 CC pueda inferirse lo contrario cuando se refiere a la necesidad del consentimiento conjunto de ambos cónyuges para disponer de todo o parte de la vivienda familiar, cuando debiera restringir la necesidad del tal consentimiento a la realización de actos dispositivos que comprometan el derecho de uso de tal vivienda, cual acontece en el caso del Código Civil catalán y de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (*vid. infra* apartado 2).

(25) Si la vivienda familiar pertenece a la sociedad post-ganancial cualquiera de los cónyuges (o sus herederos) podrá solicitar la liquidación del régimen de sociedad para poner fin a la situación de indivisión, pudiendo la vivienda atribuirse en exclusiva a uno de los cónyuges (en caso de cónyuge supérstite *Cfr.* artículo 1406 CC); pero, dicha finalidad puede no cumplirse en caso de adjudicación de la vivienda a ambos cónyuges conjuntamente, constituyendo una comunidad romana, en cuyo caso serán aplicables las cuestiones señaladas en este epígrafe.

(26) Doctrina que recogen, entre otras, las SSTs de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323) y de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) o, más recientemente, STS de 24 de marzo de 2021 (RJ 2021\1307, FJ 3.º). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de dicha acción de división de la cosa

Tal diferenciación entre el derecho de propiedad de cada uno de los cónyuges copropietarios y el derecho de uso de la vivienda familiar y correlativo reconocimiento del ejercicio de la acción de división de la cosa común (*actio communi dividundo*) se traduce en la posibilidad de traspaso del inmueble a manos de un tercero adquirente de buena fe⁽²⁷⁾, al que el derecho de uso resultará oponible mientras subsista la situación que motivó la atribución del uso [SSTS, entre otras muchas, de 14 de julio de 1994 (RJ 1994\6439), 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9493), 8 de mayo de 2006 (RJ 2006\2342), 27 de junio de 2007 (RJ 2007\3865) 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009\524) o 27 de febrero de 2012 (RJ 2012\3383)] si dicho uso figura inscrito en el Registro o, si pese a no constar registralmente, el adquirente conoce de su existencia (Art. 32 LH, cuya aplicación se supedita igualmente a la concurrencia de buena fe)⁽²⁸⁾. Planteamiento que supone la superación de la teoría previamente acogida en alguna ocasión por el Tribunal Supremo según la cual el ejercicio de la acción de división implicaba la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar y consiguiente expulsión del cónyuge usuario⁽²⁹⁾.

Asimismo, puede darse el caso que la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso pertenezca a la sociedad post-ganancial no liquidada. En tal caso cualquiera de los cónyuges podrá solicitar en cualquier momento la liquidación de la sociedad para poner fin a la situación de indivisión, pudiendo atribuirse la titularidad de la vivienda en exclusiva a uno de los cónyuges⁽³⁰⁾ o a ambos en régimen de copropiedad, en cuyo caso tendrá lugar la aplicación de las reglas anteriormente referidas (esto es, la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC y la posibilidad de solicitar *ex* artículo 400 CC la división de la cosa común). Por el contrario, en tanto no se proceda a la referida liquidación la limitación del

común puede resultar perjudicial para el cónyuge copropietario y no beneficiario del derecho de uso cuando existen varios inmuebles copropiedad de ambos cónyuges, uno tan solo de los cuales está gravado con el derecho de uso. En tal caso puede procederse a la formación de lotes, de forma que la vivienda familiar se le adjudique al cónyuge beneficiario del derecho de uso y el otro inmueble (caso de que sean dos) se le adjudique al otro cónyuge, habida cuenta de la aplicación de las reglas de la partición hereditaria a la comunidad de bienes (art. 406 CC), tal y como se apreció en el caso enjuiciado por la STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013\1992).

(27) Cfr., entre otros muchos, ROBLEDO VILLAR, A., *Diario La Ley*, pp. 986-987; PÉREZ CONESA, C., *Aranzadi Civil-Mercantil*, pp. 75-80; y ZUMAQUERO GIL, L., *RdPat*, pp. 380-383.

(28) Nótese que si el comprador conoce de la existencia del derecho de uso por medios extraregistrales el principio de inoponibilidad de los derechos reales no inscritos (art. 32 LH) y de fe pública registral (art. 34 LH) no aplica [STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10136, FJ 4.º)].

(29) Cfr. SSTS, entre otras, de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6852) y de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999\3428). No obstante, nada impide la posibilidad de que el derecho de uso pueda extinguirse tras la división de la cosa común cuando así conste por acuerdo de los cónyuges plasmado en el correspondiente convenio regulador, caso del supuesto enjuiciado por la STS de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\352).

(30) En caso de cónyuge supérstite *vid.* artículo 1406 CC.



artículo 96.3 CC debe compatibilizarse con el incierto régimen general en materia dispositiva aplicable a la sociedad post-ganancial, régimen que en unos casos se identifica con el propio de la comunidad ordinaria/romana y en otros con el de la comunidad hereditaria⁽³¹⁾ (habida cuenta de que, en teoría, antes de la liquidación los cónyuges no son titulares de los bienes que integran la sociedad sino únicamente de un porcentaje o cuota en abstracto sobre tales bienes).

Sea como fuere, independientemente de si se opta por aplicar las reglas de la comunidad ordinaria o las de la comunidad hereditaria, la jurisprudencia estima que la sanción aplicable a los actos de disposición realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro sobre bienes concretos pertenecientes a la sociedad post-ganancial no liquidada –caso, por ejemplo, de la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso– es la de la nulidad radical, rechazando la aplicación del artículo 1322 CC⁽³²⁾. Consecuentemente, en estos casos la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC no llegaría ni tan siquiera a entrar en juego, pues la aplicación de las reglas propias de la sociedad post-ganancial no liquidada ya «blindaría»

(31) En este sentido, por ejemplo, la STS de 11 de mayo de 2000 (RJ 2000\3926) afirma que la comunidad post-ganancial es una comunidad de tipo romano, mientras que la STS de 10 de junio de 2010 (RJ 2010\5387) apuesta por su asimilación a la comunidad hereditaria. A mi modo de ver, lo cierto es que la sociedad post-ganancial no liquidada se asemeja más a la comunidad hereditaria que a la ordinaria, habida cuenta que durante su vigencia los cónyuges únicamente tienen «... una cuota en abstracto sobre la masa ganancial, que se materializará, tras la división-liquidación, en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos singulares que se les adjudique correspondientemente» [Cfr. STS de 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6657, FJ 3.º)], a semejanza de cuanto ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición (art. 1068 CC).

(32) Nótese que respecto a la venta de bienes concretos pertenecientes a la comunidad post-ganancial la jurisprudencia estima en algunos casos aplicables las reglas propias de la comunidad ordinaria [SSTS, entre otras, de 8 de marzo de 1965, 25 de septiembre de 1995 (RJ 1995\6670), 19 de junio de 1998 (RJ 1998\4901), 23 de enero de 2003 (RJ 2003\607) y 9 de mayo de 2007 (RJ 2007\3439)], mientras que en otros opta por la remisión del régimen aplicables a dicha venta al régimen propio de la comunidad hereditaria [SSTS, entre otras, de 4 de enero de 1965, 26 de febrero de 1981 (RJ 1981\611), 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6657) y 17 de febrero de 1995 (RJ 1995\1105)]. En aplicación de tales reglas la venta de bienes concretos realizada por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro pendiente la liquidación de la sociedad se considera nula de pleno derecho (Cfr. SANCINENA ASURMENDI, C., 2009, pp. 125 a 127 y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., 2017, pp. 1283 ss.), en aplicación de los artículos 397 y 399 CC. Por otra parte, en alguna ocasión la jurisprudencia ha estimado la nulidad de la venta de bienes pertenecientes a la comunidad post-ganancial, sin referencia alguna a la aplicación de las normas propias de la comunidad ordinaria o hereditaria (caso, por ejemplo, de la Sentencia de 20 de mayo de 1957). No obstante, a mi parecer la aplicación a la sociedad post-ganancial no liquidada de las reglas propias de la comunidad ordinaria/hereditaria –y, por ende, de los artículos 397 y 399 CC– no supone obstáculo alguno a la validez de los actos dispositivos realizados sobre bienes concretos por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, debiendo diferenciarse la validez del acto dispositivo en el plano obligatorio de los efectos jurídico-reales que las limitaciones en el poder de disposición del cónyuge que realiza en el acto llevan aparejadas de cara a la adquisición del bien en cuestión por el comprador (caso de que hablemos, por ejemplo, de la venta del bien). *Vid.* en detalle a este respecto las consideraciones efectuadas en FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2018, pp. 166 ss.

per se la posibilidad de realización por un cónyuge sin consentimiento del otro de cualesquiera actos dispositivos sobre la vivienda familiar susceptibles de comprometer el derecho de uso.

De esta forma, en los casos en los que la vivienda pertenece a la sociedad post-ganancial no liquidada el problema se restringiría –al igual que en los casos de copropiedad *stricto sensu*– a la determinación de si uno de los cónyuges puede disponer sin el consentimiento del otro no de la vivienda como tal, sino de la cuota que sobre dicha vivienda pueda corresponderle tras la liquidación de la sociedad, pregunta cuya respuesta a mi modo de ver debiera ser afirmativa pese al tenor literal del artículo 96.3 CC (cuando exige el consentimiento mutuo *para disponer de todo o parte de la vivienda*), si bien debiendo en todo caso pechar el tercero adquirente con el derecho de uso que recae sobre la vivienda⁽³³⁾.

2. LA DISTINTA SIGNIFICACIÓN DE LA LIMITACIÓN DISPOSITIVA DE LOS ARTÍCULOS 1320 Y 96.3 CC

Tal y como se ha anticipado, la determinación del alcance e implicaciones asociadas a la limitación dispositiva que *ex* artículo 96.3 CC pesa sobre el cónyuge titular de la vivienda familiar durante la vigencia del derecho de uso y la sanción aparejada a su transgresión se encuentra fuertemente condicionada por la posible interrelación de dicho precepto con el artículo 1320 CC previamente analizado⁽³⁴⁾. No en balde son numerosos los autores que identifican la imposibilidad del cónyuge titular de

(33) No en balde, la enajenación de la cuota que le corresponde a cada cónyuge en la sociedad post-ganancial no liquidada no se corresponde *stricto sensu* con la enajenación de la vivienda familiar sobre la que pesa el derecho de uso, salvo indirectamente (en tanto que, lógicamente, dicha vivienda forma parte del activo de la sociedad post-ganancial no liquidada, cual acontece con cualesquiera otros bienes que pertenezcan a dicha sociedad). Así, tras la liquidación de la sociedad la vivienda familiar podrá atribuirse (total o parcialmente) o no al cónyuge que enajenó su cuota a un tercero, resultando –llegado el caso– aplicables a la enajenación de tal cuota las reglas propias del saneamiento por evicción en las ventas alzadas o en globo del artículo 1532 CC cuando la vivienda no le sea finalmente adjudicada tras dicha liquidación. Por el contrario, si la vivienda se le atribuye en exclusiva al cónyuge que enajenó su cuota el derecho de uso sobre tal vivienda deberá ser respetado por el tercero adquirente, al menos siempre y cuando tal derecho conste registralmente inscrito o no constando sea conocido por el adquirente, tratándose en tal caso no de un problema propio del saneamiento en las ventas alzadas o en globo del artículo 1532 CC (que presupone un despojo cuantitativo/material del bien, no meramente cualitativa), sino llegado el caso de saneamiento por cargas o gravámenes ocultos del artículo 1483 CC (siempre que, claro está, pueda estimarse que el derecho de uso puede considerarse oculto/no constituido aún en el momento de la enajenación de la cuota al tercero). Sobre dicho régimen de saneamiento en las ventas alzadas o en globo y su contraposición al saneamiento por cargas o gravámenes ocultos *vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2018, pp. 284 ss.).

(34) *Vid. supra* las consideraciones efectuadas en el capítulo relativo a la disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio.

realizar actos dispositivos sobre la vivienda familiar sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso o de autorización judicial supletoria con la prohibición del artículo 1320 CC⁽³⁵⁾ (conclusión que, al menos *a priori*, estaría avalada por el tenor literal casi idéntico de ambos preceptos, particularmente tras la reforma operada en el artículo 96 CC por la Ley 8/2021)⁽³⁶⁾. Identidad de razón entre ambas reglas que se aprecia, asimismo, en la catalogación de la limitación dispositiva asociada al uso del cónyuge titular como una prohibición de disponer *ex* artículo 26 LH⁽³⁷⁾, a semejanza de cuanto acontece respecto a la limitación contenida en el artículo 1320 CC⁽³⁸⁾.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la STS plenaria de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) no se pronuncia a este respecto, a diferencia de la STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323), a cuyo tenor el derecho de uso contemplado en el artículo 96 CC.

«... comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: “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”. 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 10 octubre 2008)» (FJ 3.º).

Como puede apreciarse, en el razonamiento transcrito –reproducido a su vez con posterioridad en las SSTs de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\352, FJ 2.º) y de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930, FJ 3.º), así como en varias resoluciones de la Dirección General de los

(35) Cfr., entre otros GARCÍA CANTERO, G., 1982, pp. 414-415; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., 1986, pp. 151-160; GORDILLO CAÑAS, A., *ADC*, pp. 1154-1155; HERRERO GARCÍA, M. J., 1984, pp. 325-327; O GIL MEMBRADO, C., ob. cit., p. 212.

(36) Cfr. CUENA CASAS, M., 2011, p. 310.

(37) *Vid.* RRDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999\7680), 31 de marzo de 2000 (RJ 2000\2739), 19 de mayo de 2000 (RJ 2000\5847), 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007\6167)] y 5 de septiembre 2016 (RJ 2016\4617). A nivel doctrinal, a favor de dicha catalogación del artículo 96. IV CC como una genuina prohibición de disponer a los efectos del artículo 26 LH se posiciona GÓMEZ GÁLIGO, F. J., 1992, pp. 129-130. De hecho, visto el tenor literal del artículo 96.3 CC una vez atribuido judicialmente el derecho de uso no parece en absoluto descabellado que la prohibición de disponer prevista en dicho precepto pueda efectivamente encajarse dentro de las prohibiciones del apartado 1.º del artículo 26 LH.

(38) Cfr. MATEO SANZ, J. B., 2019, p. 590.

Registros y del Notariado⁽³⁹⁾— no se precisa diferenciación alguna entre la limitación dispositiva del cónyuge titular sobre la vivienda familiar prevista en los artículos 96.3 y 1320 CC. Con dicho silencio el Alto Tribunal parece dar a entender que estamos antes reglas *gemelas*, tanto en lo que se refiere a los concretos actos dispositivos sobre la vivienda familiar para los que el cónyuge titular debe contar con el preceptivo consentimiento de su ex cónyuge o autorización judicial supletoria⁽⁴⁰⁾, como a la sanción aplicable en defecto de dicho consentimiento/autorización: la prevista en el artículo 1322 CC⁽⁴¹⁾.

Sin embargo, a mi parecer la limitación dispositiva del cónyuge titular sobre la vivienda familiar *ex* artículo 96.3 CC debiera restringirse únicamente al derecho de uso judicialmente —o convencionalmente, en los casos en los que la intervención judicial no resulte preceptiva— atribuido, sin extenderse a la posibilidad de disposición del derecho de propiedad sobre dicho inmueble. Consecuentemente la enajenación realizada unilateralmente de la nuda propiedad de la vivienda familiar no resultaría inválida ni anulable *ex* artículos 1320 y 1322 CC, pues ello supondría confundir el derecho de uso de la vivienda familiar con el derecho que legitima la ocupación vigente el matrimonio, uso que tras la crisis matrimonial goza de autonomía y entidad propia (a diferencia de cuanto acontece vigente el matrimonio)⁽⁴²⁾. Máxime habida cuenta de que dichos artículos 1320 y 1322 CC —integrantes de las reglas de régimen económico primario— resultan inaplicables a los actos dispositivos realizados tras la disolución del régimen económico matrimonial —sea cual fuere— derivada de la nulidad o divorcio que motiva la atribución del uso⁽⁴³⁾, conclusión que, sin embargo, podría *in extremis* discutirse en los casos de mera separación legal de los cónyuges (en los que seguimos contando con la existencia de un régimen

(39) *Vid.*, RRDGRN, entre otras, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009\634, FJ 2.º), 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336, FJ 3.º) y 30 de mayo de 2018 (RJ 2018\2512, FJ 3.º).

(40) *Vid. supra* las consideraciones realizadas en el capítulo dedicado a la disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio (apartado II.1).

(41) Así, a favor de la aplicación del artículo 1322 CC como sanción a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular sobre la vivienda familiar atribuida *ex* artículo 96 CC sin consentimiento de su excónyuge o de la correspondiente autorización judicial se posicionan, entre otros muchos, GORDILLO CAÑAS, A., *ob. cit.*, pp. 1154-1155; ELORRIAGA DE BONIS, 1995, p. 550; GARCÍA CANTERO, 1982, p. 415; y BLANDINO GARRIDO, M. A., *ob. cit.*, p. 13. En el caso de CERVILLA GARZÓN, M. D., aun cuando rechaza la aplicación directa del artículo 1322 CC, comparte la sanción en él contemplada: la anulabilidad del acto dispositivo (2005, pp. 69-73).

(42) *Cfr.* CUENA CASAS, M., 2011, pp. 305 ss.

(43) En contra de la aplicación del artículo 1322 CC a los actos dispositivos sobre la vivienda sobre la que pesa un derecho de uso *ex* artículo 96 CC se posiciona categóricamente CUENA CASAS, M., 2011, pp. 310 y 351-352. La inaplicabilidad del artículo 1322 CC a los actos dispositivos sobre la vivienda familiar en los supuestos del artículo 96 es defendida igualmente, entre otros, por ESPIAU ESPIAU, S., *ob. cit.*, p. 253; MONDEJAR PENA, M.ª I., *RdPat*, p. 443; o TAMAYO CARMONA, J. A., 2003, p. 124.

económico matrimonial: el de separación de bienes)⁽⁴⁴⁾. De forma tal que de predicarse la invalidez de los actos dispositivos unilateralmente realizados sobre la vivienda familiar sobre la que pesa el uso –solución dominante a nivel doctrinal y jurisprudencial– la sanción debería instrumentarse a través de la aplicación de otros preceptos, caso particularmente del artículo 1301 CC⁽⁴⁵⁾, tomando como *dies a quo* no la fecha de disolución de la sociedad conyugal o matrimonio (Art. 1301.5.º CC), sino la del conocimiento del acto o contrato dispositivo en el que se omitió el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso (que por definición no podrá ser anterior a la disolución sino siempre posterior)⁽⁴⁶⁾.

A mi parecer, la referida compatibilidad en los casos de copropiedad de los cónyuges de la vivienda familiar entre el derecho de uso y la acción de división de la cosa común –para la que no se requiere el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso, que no puede oponerse ni entorpecer dicha facultad de división⁽⁴⁷⁾– no hace sino corroborar el distinto alcance que las limitaciones dispositivas sobre la vivienda familiar derivadas de la aplicación del artículo 96 CC implican respecto a sus homólogas vigentes el matrimonio *ex* artículo 1320 CC. No parece razonable preconizar que en los supuestos de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges éste no pueda enajenar o hipotecar la vivienda familiar sin el consentimiento del

(44) Nótese que la separación de los cónyuges provoca la disolución de la sociedad de ganancias (Arts. 1392.3.º CC, previa decisión judicial en caso de separación de hecho *ex* artículo 1393.3.º CC, separación de hecho que sin embargo –y como se ha dicho anteriormente *ut supra* en el apartado 2 *in fine* del capítulo sobre disposición vigente el matrimonio– no basta *per se* –a diferencia de la judicial– para que la aplicación del artículo 1320 CC decaiga) o del régimen de participación en las ganancias (art. 1415 CC), haciendo entrar en juego –salvo acuerdo en contrario– el régimen de separación de bienes (art. 1435.3.º CC), por lo que en caso de atribución del derecho de uso tras la separación continúa existiendo un régimen económico matrimonial y, por ende, el artículo 1322 CC resultaría técnicamente –siquiera de manera forzada– aplicable. Sin embargo, no cabe perder de vista que tras la separación la vivienda sobre la que pesa el uso ya no es la *vivienda habitual de la familia* a que alude el artículo 1320 CC, sino la vivienda de uno de uno de los cónyuges (el beneficiario del uso) y –en su caso– de los hijos a su cargo.

(45) A favor de la invalidez *ex* artículo 1301 CC y concordantes del acto dispositivo unilateralmente realizado sobre la vivienda sobre que recae el derecho de uso *vid.*, entre otros, LUCINI CASALES, A., *RCDI*, p. 112; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», *Actualidad Civil*, núm. 19, 2005, p. 2348; o DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *CCJC*, p. 132. Sin embargo, a mi parecer, más acertado resulta el planteamiento según el cual la inaplicabilidad del artículo 1322 CC tendría como correlato la plena validez del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso, pero debiendo el tercero adquirente pechar con la ocupación de la vivienda por parte de este último, dada la inoponibilidad del acto dispositivo frente al cónyuge titular del uso (*Cfr.* ESPIAU ESPIAU, S., *ob. cit.*, pp. 239 ss.).

(46) *Cfr.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *CCJC*, p. 121.

(47) *Cfr.* STS de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9493), citando en igual sentido las anteriores SSTS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989\4295), 6 de junio de 1997 (RJ 1997\4612) y 8 de marzo de 1999 (RJ 1999\1404); 28 de marzo de 2003 (RJ 2003\3040); y 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009\524). En contra *vid.*, por ejemplo, GARCÍA-MAURINO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., *AC*, p. 89.

otro cónyuge (o autorización judicial) –dada la incompatibilidad entre tales actos dispositivos y el derecho de uso– y, a continuación, reconocer –sin cortapisa alguna– la posible enajenación de la vivienda en copropiedad a resultas del ejercicio de la acción de división de la cosa común sin necesidad de consentimiento del otro cónyuge. En ambos casos el resultado final es el mismo: la vivienda familiar es adquirida por un tercero al que el derecho de uso resultará oponible en la medida en que éste no reúna los requisitos de los artículos 32 y 34 LH, es decir, si el derecho de uso tiene constancia registral o pese a no tenerla es conocido por el adquirente.

Cuando el cónyuge beneficiario del derecho de uso presta su consentimiento a la enajenación de la vivienda familiar no está consintiendo la transmisión, sino la extinción con motivo de ella de su derecho de uso, por más que la vigente redacción del artículo 96.3 CC se refiera a la necesidad de contar con el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para la disposición *de todo o parte* de la vivienda familiar⁽⁴⁸⁾. Lo correcto habría sido que con motivo de la modificación operada en dicho precepto por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad el legislador hubiese aprovechado para referirse a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para la disposición por el cónyuge titular *del derecho de uso sobre la vivienda familiar*, en la medida en que la expresión actual induce sobremano a error o confusión.

Es importante tener en cuenta que el derecho de uso sobre la vivienda familiar constituye una de las diversas facultades que integran el dominio del cónyuge titular/cotitular, restringiendo los actos dispositivos que resulten incompatibles con dicho uso, caso, por ejemplo, del arrendamiento de la vivienda en cuestión. Otro tanto podría decirse de la constitución por parte del cónyuge titular de un derecho de usufructo, de uso o de habitación sobre la vivienda, derechos a los que expresamente alude la Dirección General de los Registros y del Notariado en algunas de sus resoluciones⁽⁴⁹⁾. Por lo tanto, a mi parecer el cónyuge

(48) Cfr: CUENA CASAS, M., 2011, p. 310. Así se desprende, por lo demás, de la catalogación del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho ocupacional de «naturaleza familiar», esto es, especial y ajeno a la contraposición derechos reales *vs* derechos de crédito [*vid.*, por ejemplo, RDGRN de 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975)] y se confirma en las RRDGRN, entre otras, de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336) o 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999).

(49) Conforme con lo expuesto, la RDGRN de 21 de junio de 2004 (RJ 2004\5487) confirmó la calificación negativa del registrador en cuanto «no puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que susciben el Convenio Regulador. Cuestión distinta sería la de si podría inscribirse tal derecho como sucesivo al usufructo actual, pero este tema no se plantea, dados los términos del Convenio expresado» (FJ 4.º). No acontece lo mismo con la constitución, por ejemplo, de una servidumbre de paso externa a la vivienda habitual, pues si bien se trata de un acto de disposición no resulta incompatible con el uso familiar de

titular puede enajenar la vivienda familiar sin contar con el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso, resultando en tal caso inaplicables los artículos 1320 y 1322 CC⁽⁵⁰⁾, tal y como por lo demás se establece en el artículo 219-26.3 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil⁽⁵¹⁾, siguiendo la estela del artículo 233-25 CCCat⁽⁵²⁾ y de la Ley 72 Fuero Nuevo de Navarra⁽⁵³⁾. No en balde, tal esquema es el mismo que se produce en los casos de enajenación de una vivienda arrendada *ex* artículo 14 LAU, o cuando uno adquiere un inmueble sobre el que pesa un derecho de usufructo o un derecho de uso o habitación⁽⁵⁴⁾.

El correlato en tales casos en los que uno de los cónyuges dispone de todo o parte de la vivienda familiar –que no de su derecho de uso– sin el consentimiento del otro se cifra en que el adquirente deberá asumir la continuidad del derecho de uso siempre y cuando éste figure inscrito en el Registro de la Propiedad o sin estar inscrito tuviera conocimiento de su existencia. Por el contrario, si el derecho de uso no figura inscrito y el comprador de la vivienda desconoce su existencia –en atención a las vertientes positiva y negativa de la fe pública registral antes referidas⁽⁵⁵⁾– éste deberá ser considerado a todos los efectos tercero hipotecario del artículo 34 LH, resultándole inoponible el derecho de uso⁽⁵⁶⁾. Es de acuerdo con tal planteamiento que debe entenderse la referencia en la vigente redacción del artículo 96.3 CC, tras la Ley 8/2021 de reforma en materia apoyo a las personas con discapacidad, al hecho de que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe», regla gemela que encontramos igualmente en el artículo 1320 CC *in fine*, pero con una significación e

la vivienda, ni vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 CC ni tras la crisis matrimonial *ex* artículo 96. IV CC [Cfr: RDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999)].

(50) Cfr: SSTS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10330, FJ 6.º) y de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274, FJ 7.º).

(51) Según dicho artículo 219-26.3 de la Propuesta de Código Civil de la APDC: «Los actos dispositivos realizados por el único titular del inmueble no precisan ser consentidos por el cónyuge al que se le asignó el uso, ni ser autorizados por el juez, aunque habrán de respetar la atribución de uso decretada a favor del primero».

(52) De acuerdo con el artículo 233-25 CCCat: «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».

(53) Según la referida Ley 72 *in fine* del Fuero Nuevo de Navarra: «Los actos de disposición que se realicen por el titular de la vivienda lo serán, en todo caso, sin perjuicio del uso atribuido».

(54) Es evidente que el arrendador puede enajenar la vivienda arrendada, del mismo modo que puede hacerlo el nudo propietario en caso de usufructo o el propietario de un inmueble sobre el que pesa un derecho de uso o habitación, planteamiento que resulta igualmente extrapolable a los casos de enajenación por el cónyuge titular de la vivienda sobre la que recae el derecho de uso.

(55) *Vid. supra* nota 71.

(56) Cfr: CUENA CASAS, M., 2011, pp. 308-309.



implicaciones diferentes en los términos previamente apuntados⁽⁵⁷⁾. Así pues, como certeramente destaca la RDGSJFP de 5 de junio de 2023 (BOE-A-2023-15169), si el derecho de uso o –como expresamente prevé el vigente artículo 96.3 CC tras la reforma operada por la Ley 8/2021– la restricción dispositiva no figuran debidamente inscritos en el Registro no podrá en principio perjudicar a terceros, no pudiendo el registrador exigir para practicar la inscripción del acto dispositivo realizado sobre la vivienda perteneciente al cónyuge divorciado el consentimiento o autorización judicial a que se refiere el artículo 1320 CC, debiendo «... estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del excónyuge disponente» (FJ 7.º), fórmula en atención a la cual debe entenderse la actual referencia de dicho artículo 96.3 CC –en conexión con la regla del artículo 91 RH– a que *la manifestación errónea o falsa del disponente no perjudicará al adquirente de buena fe*⁽⁵⁸⁾.

Mayores problemas pueden suscitar los casos en los que la atribución del uso de la vivienda familiar deriva de la adopción de una medida provisional en el transcurso del procedimiento de separación o divorcio (Art. 103 CC) o de la resolución o acta notarial que decreta la separación legal de los cónyuges (problema que se acrecienta con la separación de hecho, en los términos antes apuntados), ya que las reglas del régimen matrimonial primario dentro de las cuales se ubican los artículos 1320 y 1322 CC continúan siendo aplicables, dado que no es hasta la sentencia de nulidad, separación o divorcio cuando la disolución del régimen económico matrimonial tiene lugar⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, incluso en tales casos la aplicación de dichos preceptos a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular que se limitan a la nuda propiedad no parece que debiera tener cabida, pues en ambas hipótesis el uso de la vivienda familiar por el cónyuge no titular goza –salvo en la separación de hecho– de un *status* jurídico autónomo derivado de su reconocimiento judicial y, por ende, oponible frente a terceros adquirentes en tanto en cuanto el uso figure inscrito en el Registro, como expresamente contempla el artículo 219-23.1 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil⁽⁶⁰⁾.

(57) *Vid. supra* apartado 2.3.

(58) *Cfr.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *CCJC*, pp. 120-122.

(59) A propósito de la aplicabilidad de los artículos 1320 y 1322 CC a los actos dispositivos sobre los que pesa el uso en caso separación de hecho *vs* legal de los cónyuges *vid. supra* las consideraciones realizadas en el apartado 2 *in fine* del capítulo de disposición de la vivienda vigente el matrimonio, así como en la nota 44 del presente capítulo.

(60) Y es que el referido artículo 219-23.1 de la Propuesta expresamente contempla la diferenciación entre atribución del derecho de uso a resultas de una medida provisional o definitiva, al establecer que «La adjudicación del derecho de uso puede anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad o inscribirse si se adopta como medida definitiva».



3. CASUÍSTICA PARTICULAR DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA SOBRE LA QUE RECAE EL DERECHO DE USO

Dentro de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar proscritos por el artículo 96.3 CC tanto la jurisprudencia como la Dirección General de los Registros y del Notariado incluyen su hipoteca. Sin embargo, a mi parecer –y a diferencia de cuanto acontece con la constitución de un usufructo, un derecho de uso o habitación– la hipoteca de la vivienda familiar con posterioridad a la atribución del derecho de uso no debería comprenderse dentro de la limitación dispositiva prevista en dicho precepto, al igual que acontece con la enajenación voluntaria de la mera propiedad de la vivienda en los términos previamente apuntados.

La justificación aducida por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Tribunal Supremo para la incardinación de la hipoteca dentro de los actos dispositivos incompatibles con el derecho de uso sobre la vivienda familiar –y por ende proscritos de acuerdo con el artículo 96.3 CC– estriba en la potencial sustracción de la vivienda a la familia que la ejecución hipotecaria entraña, conclusión que se extrapola igualmente vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 CC⁽⁶¹⁾. No obstante, lo cierto es que dicho planteamiento no puede ser compartido y merece un análisis más en detalle, habida cuenta de las distintas hipótesis que pueden darse y de las matizaciones que deben tenerse en cuenta en lo que atañe a la posibilidad del cónyuge beneficiario del derecho de uso de hacer valer su derecho en el transcurso del procedimiento de ejecución, aun cuando la hipoteca sea anterior a la atribución del uso.

Como se ha apuntado, el derecho de uso se circunscribe a una de las facultades que integran el dominio sobre la vivienda familiar –la facultad de uso y disfrute–, de tal forma que dicho uso no se ve obstaculizado por el hecho de que el cónyuge titular hipoteque el inmueble, del mismo modo que el nudo propietario puede hipotecar el bien sin merma alguna del derecho del usufructuario (Arts. 489 CC y 107.2.º LH)⁽⁶²⁾. De ahí que la inclusión de la hipoteca por el cónyuge titular de la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso dentro de los actos dispositivos vedados por el artículo 96.3 CC no resulte en modo alguna acertada, apreciándose nuevamente en este punto una confusión entre el significado de la limitación dispositiva del cónyuge titular vigente el matrimonio *ex* artículo 1320

(61) Cfr. RDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999) y STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7445). *Vid.* a este respecto ELORRIAGA DE BONIS, F., ob. cit., pp. 290-291 (si bien a propósito del artículo 1320 CC, pese a lo cual los razonamientos resultan perfectamente extrapolables al vigente artículo 96.3 CC).

(62) *Vid.* la interpretación de dicho artículo 107.2.º efectuado, por ejemplo, en la STS de 13 de diciembre de 2010 (RJ 2011\140, FJ 5.º).

CC y el alcance de dicha limitación tras la crisis matrimonial, al igual que acontece en el caso de la enajenación.

Vigente el matrimonio el uso y disfrute de la vivienda familiar por el cónyuge no titular deriva en exclusiva de la propiedad del otro cónyuge y carece de entidad propia a efectos registrales (reducida a la manifestación del disponente sobre el carácter familiar o no de la vivienda en el momento de disposición), de forma tal que la pérdida del dominio por parte de este último tendrá como correlato la imposibilidad de que el uso familiar de la vivienda persista, de ahí que la hipoteca del inmueble suponga un riesgo potencial de desaparición del destino familiar del inmueble que, por ende, queda subsumido dentro de los actos dispositivos que requieren del consentimiento de ambos cónyuges *ex* artículo 1320 CC⁽⁶³⁾.

Por el contrario, como se ha dicho, tras la crisis matrimonial el uso de la vivienda familiar goza de un *status* jurídico autónomo de acuerdo con el artículo 96.3 CC, lo que posibilita una clara diferenciación entre la nuda propiedad del inmueble –afectada por el derecho de hipoteca– y su uso y disfrute, que no se ve en modo alguno comprometido por la posibilidad de una ejecución hipotecaria *ad futurum*. Así parece corroborarse por lo demás en modelo adoptado por el legislador catalán, visto que de acuerdo con el tenor literal del artículo 569-31 CCCat la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para la hipoteca de la vivienda familiar no resulta aplicable cuando tras la separación/divorcio se ha adjudicado el derecho de uso al cónyuge no titular (recuérdese que el artículo 223-25 posibilita la disposición *sin perjuicio del derecho de uso*, derecho de uso que no se ve afectado por la hipoteca, al menos cuando aquél conste debidamente inscrito).

Consecuentemente, la hipoteca de la vivienda familiar con posterioridad a la atribución judicial del derecho de uso no es susceptible de enervar dicho derecho cuando éste figura inscrito, fruto de la mera aplicación del principio de prioridad registral. Más aún, pese a que el derecho de uso sobre la vivienda no figure inscrito en el Registro de la Propiedad el tercero adquirente deberá respetarlo si tiene conocimiento de su existencia al margen de la información registral, en atención a las ya referidas vertientes positiva y negativa de la buena fe exigida al tercero hipotecario para ser considerado como tal *ex* artículos 32 y 34 LH⁽⁶⁴⁾.

Por otro lado, aun cuando la inscripción de la hipoteca resulte anterior al matrimonio o a la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar si el ejecutante conoce con anterioridad a la presentación de la

(63) A propósito de la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la hipoteca de la vivienda familiar vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 CC *vid.* ELORRIAGA DE BONIS, F., *ob. cit.*, pp. 288-290.

(64) *Vid. supra* nota 71.

demanda de ejecución la existencia del derecho de uso o éste figura inscrito en el Registro de la Propiedad se plantea la necesidad de determinar el grado de intervención que el cónyuge beneficiario ha de tener en el proceso de ejecución, en aplicación de los artículos 132 LH y 661, 662, 675 y 686 LEC, así como de la doctrina relativa al tercero poseedor de bienes hipotecados dimanante de la STC de 8 de abril de 2013 (RTC 2013\79). Máxime habida cuenta que el artículo 144.5 RH exige, además, para proceder a la «... anotación del 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» cuando el carácter de vivienda familiar conste registralmente⁽⁶⁵⁾.

Hasta hace bien poco y de acuerdo con la RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336) se estimaba que en el caso del derecho de uso sobre la vivienda familiar no resultaba aplicable el artículo 661 LEC, pues la obligación de comunicación de la ejecución a que se refiere dicho precepto se restringe a los arrendatarios y a los ocupantes de hecho, figuras ambas dentro de las cuales no podía encuadrarse el derecho de uso inscrito en el Registro. El derecho de uso del cónyuge no titular se incardinaba en el artículo 662 LEC dedicado a los terceros poseedores cuyo derecho figura inscrito, a diferencia del tercero ocupante del artículo 661 LEC que únicamente ostenta un título posesorio no inscrito *ex* artículo 438 CC. Consecuentemente el cónyuge beneficiario del uso registralmente inscrito debía ser –al igual que ocurre en el caso del usufructuario⁽⁶⁶⁾– demandado en el transcurso del procedimiento ejecutivo y requerido de pago de acuerdo con los artículos 686 LEC y 132 LH, aun cuando la hipoteca fuese anterior a la atribución judicial de dicho uso, ya que de no ser así la adquisición derivada de la ejecución del inmueble no podría inscribirse en el Registro, tal y como se estimó en la RDGRN de 5 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4617).

Por el contrario, cuando el derecho de uso no figura en el Registro de la Propiedad dicho derecho no podrá ser opuesto a terceros –como el acreedor hipotecante o el adquirente del remate– que cuenten con inscripción registral previa de su derecho y cumplan los requisitos del artículo 34 LH [SSTS de 4 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10430) y 22 de abril de 2004 (RJ 2004\2713)]. Es más, en tales casos queda excluida la posibilidad de denegar la inscripción del título del adquirente como consecuencia del proceso ejecutivo, pues tanto el artículo 132 LH como el

(65) Acerca de la interpretación de dicho artículo 144.5 RH y su interrelación con el artículo 1320 CC *vid.* RRDGRN de 13 de julio de 1988 (RJ 1988\5967) y 23 de julio de 2011 (RJ 2011\6412) y RDGS-JFP de 23 de diciembre de 2021 (RJ 2021\5817).

(66) *Vid.* RDGRN de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015\1595).

artículo 662 LEC se refieren exclusivamente a titulares de derechos inscritos⁽⁶⁷⁾ (los únicos a los cuales debe ofrecérseles la posibilidad de liberar el bien). De esta forma, la intervención del cónyuge beneficiario se circunscribiría al ámbito procesal, por lo que si después de la interposición de la demanda ejecutiva se desvela la ocupación de la vivienda en virtud de su derecho de uso no inscrito deberá ser notificado para que, de acuerdo con el artículo 661 LEC –y como cualquier otro ocupante de hecho–, presente al tribunal en el plazo de 10 días los títulos que legitiman su situación posesoria. Si el Tribunal considera que el cónyuge beneficiario tiene derecho a permanecer en el inmueble el procedimiento ejecutivo continuará adelante, remitiéndose la discusión acerca de la oponibilidad o no de dicho derecho frente al tercero adquirente al correspondiente procedimiento declarativo, pudiendo entretanto el adquirente proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad⁽⁶⁸⁾.

No obstante, el esquema de funcionamiento descrito se ha visto parcialmente alterado en lo que concierne al grado de intervención en el procedimiento de ejecución hipotecaria del cónyuge cuyo derecho de uso figura inscrito en el Registro de la Propiedad por la STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930), en la que el Tribunal rechaza la posibilidad de subsunción del titular del derecho de uso dentro del ámbito de aplicación del artículo 662 LEC, enmendando el planteamiento adoptado por la anteriormente referida RDGRN de 5 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4617).

Así, en dicha Sentencia el Tribunal Supremo, tras refrendar la imposibilidad de catalogación del derecho de uso como un derecho real –ni tan siquiera atípico–, sino como un mero derecho de naturaleza familiar que legitima la ocupación de la vivienda por parte del cónyuge titular y, en su caso, de los hijos, susceptible de ser inscrito y oponible a terceros cuyos derechos accedan posteriormente al Registro, niega que el beneficiario del tal uso «... deba ser parte necesaria en el proceso de ejecución hipotecaria, como tampoco lo son los titulares de otros derechos o cargas inscritos» (FJ 3.º).

Según el Tribunal Supremo el cónyuge beneficiario del uso no puede ser catalogado como tercer poseedor a los efectos del artículo 662 LEC, habida cuenta de que «... la cónyuge del titular de la vivienda no adquirió

(67) *Vid.* en el mismo sentido la RDGRN de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018\2512, FJ 3.º *in fine*).

(68) De hecho, la estimación por el juez de la procedencia de la permanencia del cónyuge beneficiario en la vivienda familiar objeto de ejecución hipotecaria se dio en el caso enjuiciado por la referida RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336), obligando al tercero adquirente del remate a acudir al correspondiente procedimiento declarativo para dejar sin efecto el derecho de uso no inscrito, si bien permitiendo entretanto la inscripción de su adquisición en el Registro en atención a los razonamientos expuestos.



el bien hipotecado, ni es titular de ningún derecho real sobre dicho inmueble, sino que ostenta un simple derecho de uso bajo la disciplina del derecho de familia, y conforme a tal normativa se requiere su consentimiento para disponer sobre aquella vivienda u obtener, en su caso, autorización judicial *ad hoc* para gravarla o enajenarla (Art. 96 CC)» (FJ 3.º). Visto que dicho precepto se refiere a los sujetos adquirentes del usufructo, dominio útil, la nuda propiedad o dominio directo de la finca hipotecada o embargada la asimilación de la situación procesal del cónyuge beneficiario del derecho de uso a tales supuestos resulta para el Alto Tribunal *realmente forzada*,

«... sin que sea argumento bastante para ello que, a tales efectos, se inscriba en el registro de la propiedad. También los arrendamientos tienen acceso al registro (Art. 2, apartado quinto de la LH) y no por ello los arrendatarios, en su condición de poseedores con título inscrito, son parte necesaria contra los que deba dirigirse la demanda ejecutiva y llevarse a efecto el requerimiento de pago, sin perjuicio de los derechos que les correspondan (Art. 25 LAU)» (FJ 3.º).

Consecuentemente, de acuerdo con el planteamiento adoptado por dicha Sentencia, descartada la catalogación del cónyuge beneficiario del derecho uso inscrito como tercero poseedor a los efectos del artículo 662 LEC éste ni es parte necesaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria ni debe ser requerido de pago *ex* artículos 685 y 686 LEC, sino únicamente notificado de la incoación de tal procedimiento *ex* artículo 659 LEC como cualquier otro ocupante de hecho (Art. 661 LEC), doctrina ya acogida por la Dirección General, caso, por ejemplo, de la RDGSFP de 11 de marzo de 2024 (BOE-A-2024-7170).

A mi parecer, el razonamiento descrito adoptado por el Alto Tribunal parece acertado, en la medida en que –como la propia Sentencia destaca– en estos casos no resulta aplicable la doctrina de la STC de 8 de abril de 2013, toda vez que: 1) En puridad el razonamiento del Tribunal Constitucional se restringe a los casos en los que el tercero poseedor ostenta un título adquisitivo inscrito en el Registro, título éste que no se da en el caso del derecho de uso de la vivienda familiar, habida cuenta de que –como se ha destacado reiteradamente– tal uso «... no es un derecho real ni de crédito por carecer de contenido patrimonial, sino un derecho de familia sometido a una concreta disciplina jurídica ajena a aquellos otros derechos, y condicionada a las vicisitudes por las que discurren las dinámicas relaciones familiares» (FJ 3.º), lo que justifica la imposibilidad de reconocerle todos los derechos de parte procesal en el proceso ejecutivo, y más concretamente de oponerse a la ejecución hipotecaria en curso; 2) La equiparación de la situación del cónyuge beneficiario del derecho de

uso inscrito a la de cualquier otro ocupante de hecho no le produce indefensión alguna (indefensión que es la realmente proscrita por el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia), ya que tras la notificación del procedimiento de ejecución puede presentar al tribunal en el plazo de 10 días los títulos que legitiman su situación posesoria (Art. 675 LEC). De tal forma que el procedimiento ejecutivo proseguirá su cauce si el Tribunal considera que dicho cónyuge tiene derecho a permanecer en la vivienda, a salvo la posterior discusión acerca de la oponibilidad del uso en el correspondiente procedimiento declarativo, pudiendo entretanto el adquirente proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, si –como aconteció en el caso enjuiciado por la STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930)– el Tribunal que conoce de la ejecución dictamina que no ha lugar a que el cónyuge beneficiario del uso continúe en posesión del inmueble éste podrá incoar un procedimiento de modificación de medidas, dada la alteración sustancial de las circunstancias que comporta la pérdida tras la ejecución de dicho uso⁽⁶⁹⁾.

Todo ello partiendo de la base de que estamos hablando de supuestos como el de Autos, en los cuales el derecho de uso en ningún caso puede prevalecer o resultar oponible al tercero adquirente en el proceso de ejecución hipotecaria de acuerdo de los principios generales aplicables en materia registral e hipotecaria, habida cuenta de que la hipoteca resulta anterior al matrimonio y, por ende, la restricción al poder de disposición del cónyuge titular del artículo 96.3 CC no puede entrar en juego, lo que justifica la privación al cónyuge beneficiario del uso de oponerse al procedimiento de ejecución mismo, visto que –como la propia STC de 8 de abril de 2013 destacaba⁽⁷⁰⁾– en tal caso el uso nunca podrá prevalecer.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUNÉN, M., «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2006, pp. 37-86 (disponible online en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned: BFD-2006-28-2858349E&dsID=PDF>).
- BELLO JANEIRO, D., «El precario», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1995, pp. 161-180.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3458-3508.

(69) En sentido también favorable a este enfoque adoptado por el Tribunal Supremo *vid.*, asimismo, los razonamientos efectuados por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *CCJC*, pp. 137-141.

(70) *Vid.* STC de 8 de abril de 2013 (RTC 2013\79, FJ 4.º).



- BLANDINO GARRIDO, M. A., «Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial», *La Ley*, núm. 2, 1998, pp. 1963-1981.
- CARRASCO PERERA, A. F., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 551-568.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.
- CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tol-sada, M. Y Cuena Casas, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 275-441.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Atribución del uso de la vivienda del artículo 96 CC. Situación registral y procesal del cónyuge en el proceso de ejecución: comentario a la STS 526/2023, de 18 de abril», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 124, 2024, pp. 113-146.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1992.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Thomson-Reuters, 2018.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I., y GAGO SIMARRO, C., «Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, pp. 3369-3341.
- GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 96 y 1320», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentarios al Código y compilaciones forales*, T. II y T. XVIII, vol. 1, Edersa, Madrid, 1982, pp. 406-415 y 125-133.
- GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.
- GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., «Atribución de uso de vivienda familiar y *actio communi dividundo*», *Actualidad Civil*, núm. 5, 1994, pp. 75-96.
- GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «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*, en Viladrich Bataller, P. J. (Coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 125-171.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, «El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 796, 2023, pp. 1153-1171.
- «El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», en Sanciñena Asurmendi, C., Fernández Chacón, I. y Gago Simarro, C. (Dirs.), *La vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 397-418.



- GORDILLO CAÑAS, A., «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1982, pp. 1111-1160 (disponible online en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1982-40111101160).
- HERRERO GARCÍA, M. J., «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, pp. 291-340.
- LEGERÉN MOLINA, A., «Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, 2013, pp. 525-544.
- LUCINI CASALES, A., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 1990, pp. 87-119.
- MATEO SANZ, J. B., «Comentario al artículo 26 de la Ley Hipotecaria», en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 570-608.
- MONDÉJAR PEÑA, M.^a 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 Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002, pp. 437-448.
- MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (Art. 1320 CC)*, Civitas, Madrid, 1992.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, núm. 19, 1986, pp. 1331-1335.
- PÉREZ CONESA, C., «División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2012, pp. 75-80.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., «El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar. Comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 18, 2004, pp. 343-359 (disponible online en <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion/numero-18-enerodiciembre-2004/el-derecho-de-personacion-en-el-proceso-matrimonial-del-tercero-propietario-de-la-vivienda-familiar-0>).
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *El Régimen de Gananciales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017.
- RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- ROBLEDO VILLAR, A., «La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial: mención especial a la STS (Sala 1.^a) de 14 de julio de 1994», *Diario La Ley*, núm. 4, 1995, pp. 981-987.
- ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 607-614.
- «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en Cañizares Laso, A. *et al* (Dir.), *Código Civil comentado*, vol. I, Civitas, Pamplona. 2011, pp. 521-526.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R., «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, 1999, pp. 21-66.



- SANCIÑENA ASURMENDI, C., *La usucapión inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», en Viladrich Bataller, P. J. (Coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 85-124.
- SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999.
- TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- ZUMAQUERO GIL, L., «El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar: comentario a la STS de 27 de febrero de 2012», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 32, 2013, pp. 373-383.

D. DERECHO Y CONTRATOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

D.1 Derecho y contratos sobre la vivienda familiar: Contrato de arrendamiento⁽¹⁾

Carmen López-Rendo Rodríguez

Profesora Titular de Universidad

Universidad de Oviedo

<https://orcid.org/0000-0003-3407-2363>

clrendo@uniovi.es

Resumen: *Se analizan los problemas y soluciones que se plantean con la vivienda familiar arrendada cuando se produce una crisis familiar motivada por una separación de facto en la que el arrendatario abandona la vivienda familiar; o por una nulidad, separación o divorcio judicial o la ocasionada por la muerte del arrendatario, analizando los artículos 12, 15, 16 de la LAU que regulan la subrogación ex lege inter vivos y mortis causa del arrendatario titular del contrato, así como la jurisprudencia que los interpreta y desarrolla.*

(1) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00) cuya investigadora principal es Matilde Cuenca Casas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Palabras clave: *Arrendamiento, vivienda familiar arrendada, separación, nulidad, divorcio, muerte del cónyuge o conviviente more uxorio arrendatario, subrogación inter vivos, subrogación mortis causa.*

Abstract: *This paper analyses the problems and solutions that arise with the rented family home when there is a family crisis caused by de facto separation in which the tenant abandons the family home, or by a judicial annulment, separation or divorce or that caused by the death of the tenant, analysing articles 12, 15, 16 of the LAU that regulate the subrogation ex lege inter vivos and mortis causa of the tenant who holds the contract, as well as the jurisprudence that interprets and develops them.*

Keywords: *Lease, leased family dwelling, separation, annulment, divorce, death of the spouse or cohabitant more uxorio lessee, subrogation inter vivos, subrogation mortis causa.*

Sumario: 1. Vivienda familiar arrendada. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia *more uxorio* del arrendatario. 1.1 Desistimiento o no renovación expresa comunicada por el arrendatario al arrendador. 1.2 Abandono *de facto*. Desistimiento o no renovación del arrendatario unilateral *de facto* no comunicada al arrendador. 2. Vivienda familiar arrendada. Separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario. 2.1 Requisitos. 2.2 Efectos de la subrogación. 3. Subrogación *mortis causa* de la vivienda. 3.1 Beneficiarios y orden de prelación. 3.2 Reglas especiales de concurrencia entre varios beneficiarios. 3.3 Notificación. 3.4 Efectos de la subrogación. 3.5 Exclusión voluntaria de la misma. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA. DESISTIMIENTO Y VENCIMIENTO EN CASO DE MATRIMONIO O CONVIVENCIA *MORE UXORIO* DEL ARRENDATARIO

El artículo 12 de la LAU⁽²⁾ aborda la subrogación⁽³⁾ *inter vivos* en la situación de crisis familiares antes de que se produzca la resolución judicial

(2) El artículo 12 LAU 94 resulta de aplicación, no solo a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados una vez en vigor la referida LAU, sino también (DT 1.1.2.^a LAU) a los concertados a partir del 9.5.85 y (DT.2.^a 2 LAU) a los anteriores a esta fecha. CARRASCO PERERA, A, «Com. artículo 12 LAU», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S. A. U., Pamplona, 2020, p. 402 refiere la tramitación parlamentaria del precepto.

(3) SAP Barcelona, s.11, núm. 355/2024 de 17 de junio 2024. Ponente. Eva María Atares García. Id Cendoj: 08019370122024100295. Roj: SAP B 7055/2024 – ECLI: ES: APB:2024:7055 «[...]Se trata de

de separación, nulidad o divorcio (separación de hecho), mientras que el artículo 15 se aplica en los supuestos de separación, nulidad o divorcio judicial o notarial y el artículo 16 se ocupa de la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento.

El contenido del artículo 12 de la LAU, es del siguiente tenor:

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.

Habría que analizar si el contrato de arrendamiento de vivienda fue firmado por ambos cónyuges o convivientes en calidad de arrendatarios o solo por uno de ellos para ver las consecuencias jurídicas que produce el

*una auténtica subrogación: así se desprende de la dicción legal «manifestando su voluntad de ser arrendatario» en el caso del abandono. También lo es en el caso del desistimiento o no renovación, porque el desistimiento o no renovación extingue la relación contractual con el primitivo arrendatario, y el arrendamiento solo puede «continuar «si el cónyuge asume la condición de arrendatario». [...] el legislador parece haber considerado que en los casos de discordancia entre cónyuges es preferible el cambio de titular y no obligar al arrendatario a mantenerse en la posición arrendaticia. Con el artículo 12 LAU se permite al arrendatario salir de la relación contractual, quedando liberado de sus obligaciones, y al cónyuge no arrendatario se le ofrece la posibilidad de asumir con todas las consecuencias la condición de arrendatario». Ver CUENA CASAS, M, «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de derecho de familia*, Yzquierdo Tolsada – Cuenca Casas (dir.), Vol. III, 2.ª ed. Pamplona, 2017, p. 384.*

abandono por uno de los cónyuges arrendatarios de la vivienda familiar por desistimiento o no renovación o abandono.

El contrato de arrendamiento tiene una naturaleza personal, habiendo declarado el Tribunal Supremo que no forma parte de la sociedad de ganancias en STS, s.1.^a, 247/2013 de 22 de abril⁽⁴⁾ que reitera la doctrina de las STS, s.1.^a, 220/2009 de 3 de abril; STS, s.1.^a, 78/2010 de 10 de marzo, STS, S.1.^a, 206/2011 de 24 de marzo.

En el caso de que el arrendamiento haya sido firmado por ambos coarrendatarios cónyuges o convivientes, uno de ellos unilateralmente no puede apartarse del contrato de arrendamiento, al amparo del artículo 12 de la LAU, ni al amparo del artículo 15⁽⁵⁾, en perjuicio del arrendador, quien puede seguir reclamando las rentas impagadas. Lo contrario implicaría una cesión del contrato inconstituida por el arrendador contraria a los dispuesto en el artículo 1205 CC⁽⁶⁾ y al artículo 27.1.c) de la LAU de 1994.

En definitiva, nos encontraríamos ante una novación subjetiva del contrato de naturaleza modificativa que necesita del consentimiento de la parte arrendadora, tal como dispone, entre otras, la SAP de Barcelona de 28 de enero de 2015 reiterada en la SAP de Barcelona, sección 4.^a, de 1 de abril de 2019⁽⁷⁾, 23 de febrero de 2021, así como en la SAP Alicante, s.5.^a, de 23 de septiembre de 2021 y SAP Alicante, s.5.^a, de 9 de enero 2024⁽⁸⁾.

El consentimiento del acreedor exigido en el artículo 1205 del CC tiene doble finalidad: 1/ liberar al primitivo deudor y 2/ admitir al nuevo deudor en la relación obligatoria.

En estos supuestos de coarrendatarios firmantes del contrato, el desistimiento de uno de ellos no dará lugar a la extinción del contrato, sino a la continuación del mismo con el otro cotitular, no pudiendo convertirse

(4) STS, s.1.º, núm. 247/2013 de 22 de abril. pleno. Ponente: Román García Varela. Id Cendoj: 28079119912013100014. Roj: STS 2805/2013 – ECLI: ES: TS:2013:2805. En la doctrina, sobre el sentido de la ganancialidad, ver CARRASCO PERERA, A., «Com. artículo 12», ob. cit., pp. 407-413.

(5) CARRASCO PERERA, A., «Com. Art.15», ob. cit., pp. 531-532.

(6) Artículo 1205 CC: «La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor».

(7) SAP Barcelona, s. 4.^a, núm. 267/2019 de 1 de abril 2019. Ponente: Mireia Rios Enrich. Id Cendoj: 08019370042019100239. Roj: SAP B 2748/2019 – ECLI: ES: APB:2019:2748: «Cuando son dos los arrendatarios firmantes del contrato, y uno de ellos abandona la vivienda con pretensión de desligarse de la relación arrendaticia y que la misma sea asumida por la otra parte coarrendataria, cesando en sus obligaciones y derechos al respecto, ello implica, como dice la sentencia dictada por la sección 13.ª de esta A. P. de 28 de enero de 2015, una novación subjetiva del contrato de naturaleza modificativa que necesita del consentimiento de la parte arrendadora».

(8) SAP Alicante, s.5.^a, núm. 1/2024 de 9 de enero 2024. Ponente. María Teresa Serra Abarca. Id Cendoj: 03014370052024100005. Roj: SAP A 99/2024 – ECLI: ES: APA:2024:99: «Por tanto, no habiéndose acreditado la comunicación al arrendador de la intención de desistir del contrato, ni mucho menos su aceptación, no puede quedar desvinculada la demandada de las obligaciones asumidas con la firma del contrato, debiendo responder solidariamente con el codemandado».

la separación, nulidad o divorcio de los coarrendatarios en causa de resolución contractual, siendo ineficaz incluso los pactos de cancelación automática del contrato en caso de separación o divorcio, al contradecir el espíritu de la LAU, produciéndose situaciones discriminatorias entre los cónyuges o convivientes coarrendatarios de aquellas en que el arrendatario es solo un miembro de la pareja⁽⁹⁾.

Para evitar que pueda interpretarse que cabría la aplicación del artículo 12 de la LAU a los contratos firmados por cónyuge o conviviente como coarrendatarios, sería conveniente que los arrendadores pacten expresamente la responsabilidad solidaria de los arrendatarios, conforme dispone el artículo 1137 CC.

Si el contrato de arrendamiento fue firmado por un solo cónyuge o conviviente como arrendatario, el artículo 12 de la LAU prevé la posibilidad de que el arrendatario titular pueda salir de la relación contractual, quedando liberado de sus obligaciones y a su vez que el contrato de arrendamiento continúe en beneficio de dicho cónyuge o conviviente, en el supuesto que el arrendatario titular manifestase su voluntad de no renovar del contrato o desistir de él en los casos del artículo 11, sin el consentimiento de su cónyuge, sin que sea necesario el consentimiento del arrendador⁽¹⁰⁾. El arrendador repentinamente va a ver modificadas las

(9) Ver SAP Girona, s.2.ª núm. 98/2017 de 6 de marzo 2017. Ponente: José Isidro Rey Huidobro. Id Cendoj: 17079370022017100095. Roj: SAP GI 373/2017 – ECLI: ES: APCI:2017:373 SAP Barcelona, s. 13, núm. 473 de 14 de noviembre 2014: « *Se plantean las consecuencias del abandono de la finca por parte de uno de los coarrendatarios durante la vigencia del contrato. Es posición mayoritaria que, salvo en el supuesto en que se haya pactado expresamente tal posibilidad (ocupación solidaria, que no se presume – artículo 1137 CC), el abandono de la finca por parte de uno de los cotitulares arrendaticios no le desvincula de las obligaciones asumidas frente al arrendador con la excepción de que tal abandono haya sido comunicado al arrendador y aceptado –consentido– por éste.* »

(10) SAP, s.13, Barcelona de 16 febrero 2022. Ponente. María dels Angels Gomis Masque. Id Cendoj: 08019370132022100070. Roj: SAP B 1434/2022 – ECLI: ES: APB:2022:1434 « [...] *No nos encontramos ante un supuesto en que el arrendatario haya desocupado la finca sin devolver la posesión al arrendador (caso en que el arrendatario mantiene la obligación de pago), ni en un caso de coarrendamiento en que pretenda apartarse del contrato uno solo de los arrendatarios (modificación subjetiva que no puede tener lugar sin el consentimiento del arrendador), y tampoco ante la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no arrendatario en un procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial (que se encuentra regulado en el artículo 15 LAU 29/94), sino que el supuesto que nos ocupa es el de separación de hecho del arrendatario único (única parte contratante) y su cónyuge (o miembro de pareja con análoga relación de afectividad a la de cónyuge), quien permanece en la vivienda, lo que nos remite a la regulación contenida en el artículo 12 LAU 29/1994. En los casos de separación de hecho el artículo 12 contempla dos situaciones: primera, cuando estando permitido al arrendatario poner fin al contrato (por desistimiento en los casos del artículo 11, o por no renovación, en los casos de consumación de cada año de contrato con posibilidad de prórroga), opta por la extinción contra el criterio e interés del cónyuge no arrendatario que pretende permanecer habitando en la vivienda arrendada; segundo, en los casos de abandono unilateral de hecho del domicilio familiar por parte del cónyuge arrendatario, que podría dar lugar a la resolución del contrato a instancias del arrendador por cesión inconsentida. Para estas dos situaciones, el artículo 12*

condiciones del contrato, al imponérsele un nuevo arrendatario que no ha elegido y que puede ser de menor solvencia económica.

Beneficiario de esta subrogación *inter vivos* en el contrato arrendaticio anterior⁽¹¹⁾ es el cónyuge o conviviente del arrendatario, entendiendo por tal, quien tenga una relación de afectividad, análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, y durante al menos dos años⁽¹²⁾, salvo que hubiera descendientes, en cuyo caso la mera convivencia es suficiente.

La finalidad de la norma reside en la protección del derecho a la vivienda, en el ámbito de las relaciones familiares. Esta protección determina una excepción a las normas generales de los contratos, al imponer al arrendador un cambio forzoso de titular del contrato de arrendamiento, esto es de deudor, sin su consentimiento.

Comparto la opinión de Loscertales Fuertes⁽¹³⁾, quien invita al legislador para que incluya a los hijos, en defecto de cónyuge, al no existir razón moral, ni jurídica para excluirlos, cuando el artículo 16 de la LAU les concede la subrogación *mortis causa*.

En el precepto se contempla dos tipos de desistimientos o falta de renovación⁽¹⁴⁾ por el arrendatario en los supuestos de convivencia previa a la separación de hecho⁽¹⁵⁾, según haya realizado comunicación o no al arrendador.

concede al cónyuge (o pareja) no titular del arrendamiento la posibilidad de oponerse a la extinción de la relación arrendaticia, subrogándose en la posición del arrendatario. La protección del derecho a la vivienda, en el ámbito de las relaciones familiares, impone pues al arrendador un forzoso cambio de titular; y por tanto un cambio de deudor; lo que no es acorde con las reglas generales de los contratos. Se trata de una auténtica subrogación: así se desprende de la dicción legal «manifestando su voluntad de ser arrendatario « en el caso del abandono. También lo es en el caso del desistimiento o no renovación, porque el desistimiento o no renovación extingue la relación contractual con el primitivo arrendatario, y el arrendamiento solo puede « continuar « si el cónyuge asume la condición de arrendatario. [...] el legislador parece haber considerado que en los casos de discordancia entre cónyuges es preferible el cambio de titular y no obligar al arrendatario a mantenerse en la posición arrendaticia. Con el artículo 12 LAU se permite al arrendatario salir de la relación contractual, quedando liberado de sus obligaciones, y al cónyuge no arrendatario se le ofrece la posibilidad de asumir con todas las consecuencias la condición de arrendatario.».

(11) CARRASCO PERERA, A., «Com. artículo 12 LAU», ob. cit. p. 446.

(12) CARRASCO PERERA, A., «Com. artículo 12 LAU», ob. cit., p. 424-429 critica con razón el pésimo estilo y desastre lingüístico de la redacción del artículo 12 de la LAU. GALLEGO DOMINGUEZ, I., «Parejas de hecho y arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de arrendamientos urbanos de 1994», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, agosto 2023, pp. 284-333, admite que esos dos años de convivencia no es exigible que sean en la vivienda arrendada, al ser omitido en el artículo 12.4 de la LAU (p. 306).

(13) LOSCERTALES FUERTES, D., *Arrendamientos urbanos. Legislación y comentarios*, 10 ed. Sepin, Madrid 2018, p. 180.

(14) Debe entenderse a los supuestos en que el arrendatario no prorrogue el contrato teniendo la facultad en virtud de las prórogas anuales obligatorias previstas en el artículo 9 y en el artículo 10 de la LAU modificado por Ley 12/2023 de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

(15) CARRASCO PERERA, A., «Com. Artículo 12», ob. cit., p. 405: «La norma se refiere a la situación conyugal en la que no existe separación de hecho antes de que se produzca el desistimiento o abandono».

1.1 Desistimiento o no renovación expresa comunicada por el arrendatario al arrendador

Esto suele acaecer cuando el arrendatario titular del contrato decide abandonar la vivienda y sin consentimiento del cónyuge o conviviente comunica al arrendador su voluntad de finalizar el contrato.

La norma no impone ninguna forma para la comunicación. Si deberá informarle de la identidad de su cónyuge o conviviente, ya que el arrendador puede desconocer la misma.

Para que proceda la subrogación *inter vivos* en el contrato de arrendamiento del cónyuge o conviviente en las mismas condiciones, es preciso se cumplan los siguientes requisitos:

1. Comunicación del arrendatario al arrendador de su voluntad de extinguir la relación arrendaticia de la vivienda habitual con al menos 30 días de antelación (Art. 11, desistimiento y artículo 10.1 para la no renovación) porque va a procederse a la separación de hecho de su cónyuge o conviviente, informándole de la identidad de éste último.

2. Requerimiento facultativo del arrendador al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto. Este requerimiento no está sujeto a plazo y no es obligatorio, «podrá», lo que ha determinado que los tribunales estimen que, si no se produce el requerimiento o hasta que se efectúe, el contrato de arrendamiento continuará vigente, debiendo el cónyuge abonar la renta correspondiente hasta la extinción, presumiendo aceptado como nuevo arrendatario al cónyuge o conviviente. En este sentido se han pronunciado la SAP Cádiz, S.2.^a, 16/2017 de 24 de enero⁽¹⁶⁾; SAP Barcelona, s.13, núm. 343/2015 de 9 de noviembre⁽¹⁷⁾, SAP Barcelona, S.13.^a, 513/2007 de 3 de octubre⁽¹⁸⁾.

Omite la norma que sea «fehaciente», de tal forma que se realice por cualquier medio idóneo para que el destinatario reciba el mensaje y pueda acreditarse la recepción.

(16) SAP Cádiz, s.2.^a, n.º 16/2017 de 24/01/2017. Ponente: Concepción Carranza Herrera. Id Cendoj: 11012370022017100013. Roj: SAP CA 13/2017 - ECLI:ES:APCA:2017:13 [...] «En definitiva, el referido art. 12 prevé que el arrendador pueda requerir al cónyuge o conviviente para que manifieste su voluntad de continuar en el arrendamiento, requerimiento no sujeto a plazo alguno y que se establece como una posibilidad, no determinando la falta de dicho requerimiento ni la extinción automática del contrato ni la ausencia de la obligación de pago de la renta para el cónyuge o conviviente por lo que en definitiva se ha de desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia». Ver JIMENEZ MUÑOZ, FJ, «Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento», Actualidad Jurídica Iberoamericana n.º 19, agosto 2023, p. 423.

(17) SAP Barcelona, s.13, n.º 343/2015 de 9 de noviembre 2015. Ponente: María dels Angels Gomis Masque. Id Cendoj: 08019370132015100339. Roj: SAP B 11446/2015 - ECLI:ES:APB:2015:11446 .

(18) SAP Barcelona, s.13, n.º 513/2017 de 03/10/2007. Ponente: Juan Bautista Cremades Morant. Id Cendoj: 08019370132007100552. Roj: SAP B 10870/2007 - ECLI:ES:APB:2007:10870.

3. Contestación por parte del cónyuge o conviviente del arrendatario en un plazo de 15 días⁽¹⁹⁾ a contar de aquel. Aun cuando nada se indica de la fehaciencia de esta comunicación, es recomendable que se efectúe de forma fehaciente para poder acreditar la recepción de la misma por el arrendador. Se admite la forma tácita de manifestación de voluntad de continuar en el arrendamiento, si el cónyuge del arrendatario se hace cargo de las rentas, existiendo aceptación si el arrendador las recibe con pleno conocimiento de que el arrendatario había desistido tal como ha reconocido la SAP Valencia, s.7.^a, 153/2017 de 18 de abril de 2017⁽²⁰⁾. No obstante lo anterior, el silencio del arrendatario producirá la extinción del contrato de arrendamiento.

4. Abono de la renta por parte del cónyuge o conviviente del arrendatario hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera abonada.

¿Sería válido un acuerdo entre arrendatario y su cónyuge o pareja *more uxorio* por el que se transmiten el derecho arrendaticio que conjuntamente comunican al arrendador? Carrasco Perea⁽²¹⁾ indica que carecería de sentido excluir esta posibilidad, si un cónyuge puede desistir unilateralmente y el otro puede subrogarse unilateralmente.

¿Cuándo se entiende que el arrendatario queda liberado de las obligaciones contraídas en el contrato de arrendamiento y por ende desde cuando no estará obligado a pagar la renta?

El artículo 12 de la LAU omite referencia alguna a este supuesto. Por ello, si el cónyuge o conviviente ha mostrado su voluntad a continuar en el contrato de arrendamiento, desde ese momento estimo que el arrendatario quedará liberado, pues únicamente será arrendatario el subrogado, puesto que el artículo 12.1 únicamente indica que el arrendamiento se continuará «en beneficio de dicho cónyuge», no de ambos.

Ahora bien si el cónyuge del arrendatario mantiene su silencio, el arrendatario contratante vendrá obligado al pago hasta que se produzca la extinción *ope legis* a que se refiere el artículo 12⁽²²⁾, por ello desde el

(19) CARRASCO PERERA, A., «Com. Artículo 12», ob. cit., pp. 415: «Plazo sustantivo, no procesal de caducidad, y el tiempo no se interrumpe ni se suspende».

(20) SAP Valencia, s.7.^a, 153/2017 de 18 de abril de 2017. Ponente: José Antonio Lahoz Rodrigo. Id Cendoj: 46250370072017100374. Roj: SAP V 5611/2017 - ECLI:ES:APV:2017:5611. «El contenido del burofax no ofrece duda, se comunica que desiste por cese de la relación con el coarrendatario quien tiene derecho a continuar si lo manifiesta, deduciéndose de forma tácita que, si mostró esa conformidad al hacerse cargo de las rentas desde noviembre de 2014 a junio de 2015, y lógicamente esa aceptación también se extiende al arrendador que recibió las rentas con pleno conocimiento de que la Sra. María Rosa había desistido».

(21) CARRASCO PERERA, A., «Com. Artículo 12», ob. cit., p. 406 en cuya nota 6 matiza que no se precisa, que el cónyuge que disiente abandone la vivienda.

(22) Ver SAP Pontevedra, S.6, núm. 380/2024 de 9 de mayo 2024. Ponente: María Mayo Rodríguez. Id Cendoj: 36057370062024100363. Roj: SAP PO 1422/2024 – ECLI: ES: APPO:2024:1422. [...] la codemandada ostenta legitimación pasiva para soportar la acción de conformidad con el

momento en que sean eficaces el desistimiento o la no renovación, no será deudor de renta alguna⁽²³⁾.

Si no se produce la subrogación del cónyuge o conviviente en el contrato de arrendamiento, este carecerá de título posesorio, ocupando la vivienda a título de precario y será deudor de la renta devengada hasta la extinción del contrato, si no estuviera pagada con anterioridad.

En el supuesto que el contrato de arrendamiento tenga garantías prestadas por terceros, por ejemplo fiadores, las mismas se extinguen por así disponerlo el artículo 1207 CC⁽²⁴⁾.

¿Sería válida una cláusula insertada en el contrato de arrendamiento que modifique el régimen legal previsto en el artículo 12 y 15 de la LAU, imponiendo una obligación solidaria al arrendatario que desiste del contrato en el supuesto que el cónyuge o conviviente continúe en el uso de la vivienda, siendo responsable de todas las obligaciones aún después del desistimiento hasta la extinción del contrato?

Esta cláusula sería nula⁽²⁵⁾ y se tendría por no puesta, según lo dispuesto en el artículo 6 de la LAU: «*Serán nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice*». Al encontrarse el artículo 12 de la LAU dentro del Título II relativo a los arrendamientos de vivienda, es una norma imperativa, que no puede modificarse su regulación⁽²⁶⁾.

artículo 12.1 de la LAU quedando pues obligada al pago de las rentas y cantidades asimiladas que han sido reclamadas judicialmente y cuyo impago no resultó controvertido. El Sr. Antu responderá de las mismas en los términos establecidos en la sentencia recurrida, al tener plena eficacia el desistimiento formulado al amparo del artículo 11 de la LAU quedando resuelto para él el contrato desde la fecha 1.10.2021.

(23) Si en el matrimonio rige el régimen económico de sociedad de gananciales y no ha sido disuelto, las deudas por rentas derivadas de arrendamientos de la vivienda habitual son deudas comunes, de las que responden solidariamente los bienes gananciales (arts. 1369; artículos 1362.1; 1365.1 y 2 CC) y los privativos del otro cónyuge con carácter subsidiario (art. 1319 CC).

(24) Artículo 1207 CC: «*Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento.*»

(25) CARRASCO PERERA, A., Com. Artículo 12. ob. cit., p.???

(26) SAP Valencia, s.7.^a, 153/2017 de 18 de abril de 2017. Ponente: José Antonio Lahoz Rodrigo. Id Cendoj: 46250370072017100374. Roj: SAP V 5611/2017 – ECLI: ES: APV:2017:5611. Carrasco Perea, A., ob. cit., «[...] No cabe un pacto similar al admitido en el artículo 16.4, por el que se excluye la subrogación en arrendamientos de más de tres años cuando la muerte del inquilino tiene lugar transcurridos los cinco primeros años de contratos [...] porque el CC otorga al cónyuge sobre la vivienda habitual unos derechos por actos de disposición inter vivos (art. 1320 CC) de los que no goza mortis causa».

1.2 **Abandono *de facto*. Desistimiento o no renovación del arrendatario unilateral *de facto* no comunicada al arrendador**

En el presente caso, no se exige requerimiento por parte del arrendador al cónyuge del arrendatario, cesando sin más la posesión arrendaticia, debido a que el arrendador es desconocedor de la existencia de la pareja, de su crisis, así como del abandono de la vivienda por parte del arrendatario sin que haya recibido ningún preaviso.

Producido el abandono unilateral por parte del arrendatario del domicilio familiar ya sea durante el plazo inicial o cualquiera de sus prórrogas, para que pueda operar la subrogación *inter vivos* y no proceda la resolución del contrato a instancias del arrendador por cesión incontestada⁽²⁷⁾, es preciso notificación escrita⁽²⁸⁾ por parte del cónyuge o conviviente del arrendatario al arrendador en el plazo de un mes⁽²⁹⁾, manifestando de forma expresa su voluntad de continuar con el arrendamiento de la vivienda, subrogándose en su lugar.

La omisión de esta notificación escrita se sanciona con la extinción del contrato de arrendamiento y el pago de la renta de ese mes.

El artículo 12 de la LAU en caso de pasividad del arrendatario de comunicar el abandono, únicamente le obliga al pago de la renta de ese mes dando por extinguido el contrato y por ende liberando también al arrendatario que abandonó la vivienda unilateralmente y sin comunicación.

Ante esto, el arrendador se encuentra con una extinción anticipada del contrato en caso de desistimiento unilateral del titular del contrato, sin que nadie le abone daños y perjuicios de esta extinción anticipada y con la incertidumbre de si va a poder continuar cobrando las rentas al cónyuge o conviviente que continua en el uso de la vivienda durante los meses que permanezca en su interior hasta que se produzca el desalojo judicial, tras haber transcurrido un mes desde el abandono sin haber notificado por escrito el mismo. Este efecto perverso de la norma exige una modificación de la misma por el legislador pues favorece la utilización de la vivienda por el cónyuge del arrendatario sin que nadie pueda reclamar-se las rentas al declarar como efecto la extinción del contrato transcurrido el mes.

(27) CARRASCO PERERA, A., «Com. Artículo 12», ob. cit., p. 403: «[...] El abandono del cónyuge titular con permanencia de su consorte resultaría ser, de un lado una cesión incontestada a tercero, y, de otro, salvo que quedaran en la vivienda hijos dependientes, un abandono del inmueble, siendo ambas circunstancias causa de resolución del contrato (art.27.2.c) y f)».

(28) El carácter escrito de la notificación se exige a efectos «*ad probationem*», es decir, para demostrar que efectivamente se ha hecho dicha notificación.

(29) Plazo sustantivo y no procesal, cuyo cómputo debe realizarse conforme establece el artículo 5 del CC, de fecha a fecha.

2. VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA. SEPARACIÓN JUDICIAL, DIVORCIO O NULIDAD DEL MATRIMONIO DEL ARRENDATARIO

El artículo 15 de la LAU, al igual que el artículo 12 de la LAU regula la subrogación *inter vivos* en la persona del arrendatario en los casos de nulidad, separación judicial o divorcio en los siguientes términos⁽³⁰⁾:

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.

En los supuestos de nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio del arrendatario, si ha sido 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, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil al cónyuge no arrendatario, éste pasará a ser el titular del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la LAU, con los beneficios que le comporta esa condición, que entre otros, le permite

(30) Artículo 15 redactado por el apartado nueve del artículo primero de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE 5 junio). Vigencia: 6 junio 2013. Sobre la tramitación parlamentaria del artículo 15 de la LAU, texto exacto incluido en el Proyecto de Ley de 21 de febrero de 1994, las enmiendas presentadas por los Grupos parlamentarios, las modificaciones realizadas en el Senado que detalla con gran acierto CUENA CASAS, M., en *Tratado de Derecho de familia*, ob. cit., pp. 374-376. En esa redacción anterior, no estaba claro que fuera el titular del contrato, al limitarse a señalar «podrá continuar en el uso de la vivienda», con la nueva redacción es claro que el cónyuge firmante del contrato se desvincula de la relación contractual con el arrendador, tal como afirma CUENA CASAS, M., en «El régimen jurídico de la vivienda familiar», capítulo 20, *Tratado de Derecho de Familia*, 2017, p. 384. CARRASCO PERERA, A., «Com. artículo 15 de la LAU» en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S. A. U., Pamplona, 2020, pp. 517-519 refiere la tramitación parlamentaria del artículo 15 de la LAU en la redacción inicial de la LAU 1994 y la reforma producida por Ley 4/2013 por la que se reconoce la condición de arrendatario subrogado de la vivienda arrendada al cónyuge a quien le atribuyen el uso de la vivienda conyugal en situaciones de nulidad, separación judicial o divorcio. En las pp. 519 a 526 expone los problemas existentes antes de la LAU de 1994.

inscribir el contrato de arrendamiento en el registro de la propiedad, si no lo hizo su cónyuge.

Lo anterior significa que el contrato de arrendamiento de vivienda no ha de estar resuelto por haber transcurrido el plazo y sus prórrogas, pues en ese caso, la atribución del uso de la vivienda realizada por la sentencia que declara la nulidad, separación judicial o divorcio no surte efecto alguno, al referirse a un contrato ya resuelto, por lo que el responsable del cumplimiento de las obligaciones seguirá siendo el arrendatario primitivo y no el cónyuge usuario y así se ha pronunciado la SAP Barcelona, s.4.^a, núm. 341 de 21 de mayo de 2024⁽³¹⁾.

Este precepto no ha tenido en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario puede realizarse de mutuo acuerdo en un convenio regulador que ha de ser ratificado en el juzgado y sometido a homologación judicial. Desde que se firma el convenio regulador, hasta que se dicta sentencia judicial acordando la separación o divorcio judicial o notarial en la que se homologa judicialmente la misma, transcurren unos periodos de tiempo a los que no puede aplicarse ni el artículo 12, ni el artículo 15 de la LAU, lo que obliga a acudir a una ficción que permita ajustar la situación para que se aplique el art. 12 o el artículo 7 de la LAU.

2.1 Requisitos

Para que proceda la subrogación⁽³²⁾ *inter vivos* en la posición del arrendatario es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Resolución judicial. Es indispensable que la adjudicación del uso de la vivienda familiar sea realizada en una resolución judicial⁽³³⁾. Al omitir

(31) SAP Barcelona, s.4.^a, núm. 341 de 21 de mayo de 2024. Ponente Francisco de Paula Puig Blanes. Id Cendoj: 08019370042024100322. Roj: SAP B 5756/2024 – ECLI: ES: APB:2024:5756, dictada en un juicio verbal de desahucio por expiración del plazo por el arrendador para recuperar la posesión del inmueble contra el arrendatario que abandonó la vivienda, siendo ocupada por su ex esposa, quien alegaba la falta de legitimación pasiva, la cual fue desestimada por la audiencia provincial al estimar que no se había producido ninguna subrogación *ex lege* en la persona de su ex cónyuge al haberse resuelto el contrato por transcurso del termino antes de serle atribuido judicialmente el uso de la vivienda.

(32) Utilizo el término subrogación al ser partidaria de estimar que el artículo 15 contempla una subrogación *ex lege*. Ver CUENA CASAS, M, El régimen jurídico de la vivienda familiar. Tratado de derecho de Familia, Vol. III, 2.^a ed. Pamplona, 2017. p. 384. STS, s. 1.^a, núm. 861/2009 de 18 de enero 2010: «El artículo 15 LAU prevé y permite que se produzca la subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo».

(33) Tras la Ley 15/2015 de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, si no existen hijos menores, la separación judicial o el divorcio pueden efectuarse de mutuo acuerdo ante el letrado de la administración de justicia, quien dictará un decreto o ante el notario en escritura pública. El artículo 15 no ha sido reformado para adecuarlo a la Ley de jurisdicción voluntaria, por lo que también deberá aplicarse

el artículo 15 de la LAU, si la resolución judicial tiene que ser definitiva, firme o provisional, se plantea el problema del momento en que se va a producir esa *subrogación ex lege*, si con la sentencia definitiva dictada en un procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio (arts. 90, 96 CC) o con el auto de medidas provisionales (103 CC) o la resolución que acuerda una modificación de medidas.

Antes de la reforma del artículo 15 por ley 4/2013, se refería al supuesto de atribución judicial del uso de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código civil. Tras la reforma, únicamente se indica «*le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación*». Cuenca Casas⁽³⁴⁾ estima que este cambio puede obedecer a que abarca los casos de atribución de uso de la vivienda también con arreglo a la legislación foral, al ser aplicable la LAU a todo el territorio nacional. Y por ello sostiene que hasta que no exista sentencia definitiva, no se produce el efecto subrogatorio *ex lege*, de tal forma que el cónyuge arrendatario firmante del contrato no se desvincularía del contrato, aunque deba abandonar la vivienda.

Si nos atenemos al tenor literal del artículo 15 de la LAU, el mismo se refiere a los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario. Lo que exige una sentencia definitiva que acuerde la nulidad, separación y divorcio. El artículo 89 del CC dispone que la disolución del matrimonio por divorcio solo tendrá lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos desde su firmeza. Esta interpretación literal me conduce a decantarme por la necesidad de que la resolución judicial que atribuya el uso de la vivienda es aquella en la que se declare la nulidad, separación o divorcio y no el auto que acuerda las medidas provisionales, pues esta resolución judicial no decreta ni la nulidad, ni la separación judicial ni el divorcio.

Si no hay sentencia definitiva, pero si existe auto dictado en medidas provisionales en virtud del cual se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no arrendatario, ¿Opera el artículo 15 de la LAU o el artículo 12 de la LAU, al no haberse producido la separación o divorcio judicial?

Gallego Domínguez⁽³⁵⁾ estima que «el ámbito del artículo 12 se centrará en separaciones de hecho y en aquellos supuestos en que los cónyuges están en vías de acceder a la nulidad, separación o divorcio y no se han adoptado medidas provisionales (art. 103.2 CC) o provisionalísimas (art. 104 CC) en materia de vivienda familiar arrendada».

en estos supuestos en que finalizan los procedimientos de separación judicial de mutuo acuerdo por decreto o escritura pública.

(34) CUENCA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 387.

(35) GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., Parejas de hecho., ob. cit., p. 306 sigue la opinión de Guilarte Gutiérrez, ob. cit., pp. 288 y 289.

Guilarte Gutiérrez⁽³⁶⁾ es partidario de incluir dentro del artículo 15, la resolución dictada en medidas provisionales, porque si no se admite durante la tramitación del procedimiento solo operaría la subrogación del artículo 12 de la LAU.

En mi opinión, habría que aplicar el artículo 12 de la LAU, al encontrarnos en un supuesto de separación *de facto* y no de separación, nulidad o divorcio judicial.

2. Comunicación al arrendador de la voluntad del cónyuge del arrendatario de continuar en el uso de la vivienda en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación de la resolución judicial, debiendo acompañar una copia de la resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda⁽³⁷⁾.

Rige la libertad de forma en la comunicación, sin que se imponga que sea escrita, ni realizada de forma fehaciente, aunque será lo deseable a fin de acreditar la recepción en el destinatario y disponer de un medio de prueba.

¿Qué efectos produce la falta de comunicación al arrendador por parte del cónyuge no arrendatario? ¿Se resuelve el contrato de arrendamiento? ¿Quién debe continuar abonando las rentas?

Martín Contreras⁽³⁸⁾ estima subsanable la omisión, sin que pueda suponer la resolución automática del contrato de arrendamiento, puesto que si así lo hubiere querido el legislador, lo hubiera hecho constar en el precepto, sin perjuicio de que otra interpretación haría ilusoria la resolución judicial recaída en el procedimiento matrimonial.

Cuena Casas⁽³⁹⁾ sostiene que no se extingue el arrendamiento, ni permite la resolución del mismo por el arrendador (Art. 27.2.f), quedando obligado el arrendatario firmante del contrato al pago de las rentas durante el

(36) GUILARTE GUTIERREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino en la nueva LAU», *Aranzadi civil*, núm. 3, 1998, pp. 65-96, estima que no admitir la aplicación del artículo 15 al caso de uso fijado en medidas provisionales, haría que durante el procedimiento cupiera solo la subrogación del artículo 12 LAU.

(37) SAP Barcelona, s.4ª, n°634/2023 de 24 de octubre de 2023. Ponente: Federico Holgado Madrugá. Id Cendoj: 08019370042023100605. Roj: SAP B 10955/2023 - ECLI:ES:APB:2023:10955, adopta un criterio flexible: «[...] las exigencias de comunicación a las que hace referencia al artículo 15 han sido paulatinamente suavizadas por la doctrina jurisprudencial, que se ha decantado por proclamar la prevalencia de los principios de la buena fe sobre la rigidez del cumplimiento de los presupuestos susceptibles de legitimar la subrogación de la persona interesada cuando, como es el caso, el arrendador es suficiente y cabalmente sabedor de la voluntad del excónyuge del arrendatario inicial de continuar en el uso de la vivienda».

(38) MARTÍN CONTRERAS, L., *Ley de Arrendamientos Urbanos*, 3.ª ed. Wolters Kluwer España, Madrid, 2019, p. 292 Ver STS, s.1.ª, núm. 587/2015 de 26 de octubre que en un desahucio por falta de pago y reclamación de rentas, determina la responsabilidad en el pago de éstas del arrendatario firmante del contrato ante la falta de notificación del artículo 15.

(39) CUENA CASAS, M., *El régimen jurídico de la vivienda familiar*, ob. cit., pp. 388-389. En el mismo sentido, GALLEGO DOMINGUEZ, I., *Parejas de hecho*, ob. cit., p. 314.

plazo de duración pactado en el contrato, pues el derecho del cónyuge usuario deriva de la sentencia judicial y de la ley, no de una simple notificación al arrendador, que constituye una carga formal, pudiendo ser notificada la sentencia por el cónyuge no adjudicatario del uso.

En definitiva, si no realiza la comunicación, no opera la subrogación, y por consiguiente el arrendador podrá exigir el pago de la renta al arrendatario firmante del contrato, quien estará obligado a abonarlas, sin perjuicio del derecho de repetición que este tenga contra el cónyuge usuario, a fin de que los intereses del arrendador no se vean perjudicados tal como ha entendido la SAP de Madrid de 8 de junio de 2007 y la STS, s.1.^a, de 26 de octubre 2015⁽⁴⁰⁾ y SAP Barcelona, s.13 de 27 de mayo 2024⁽⁴¹⁾.

Carrasco Perera⁽⁴²⁾ afirma que «no está claro que la consecuencia de la falta de notificación sea la extinción del derecho, al no pronunciarse la norma en este sentido. Lo que quiere significar la norma es que la adquisición del derecho ya producida en virtud de la sentencia, no es eficaz en contra del arrendador mientras no le sea notificada; este arrendador deberá soportar la posesión del cónyuge, pero será un deudor de buena fe a los efectos prevenidos en los artículos 1164 y 1527CC».

Si el cónyuge opta por no subrogarse no conserva un derecho residual a seguir ocupando en concepto de precario, amparada en el título lejano de su ex cónyuge⁽⁴³⁾.

3. Beneficiario sea el cónyuge del arrendatario. El artículo 15 de la LAU no se extiende en la norma a las parejas de hecho⁽⁴⁴⁾ en contra de lo

(40) STS, s.1.^a, núm. 587/ 2015 de 26 de octubre de 2015. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Id Cendoj: 28079110012015100598. Roj: STS 4584/2015 – ECLI: ES: TS:2015:4584.

(41) SAP Barcelona, s.13 de 27 de mayo 2024. Ponente: María de los Angeles Gomis Masque, Id Cendoj: 08019370132024100385. Roj: SAP B 6604/2024 – ECLI: ES: APB:2024:6604: « [...] En el caso que nos ocupa, no consta que la demandada hiciera la comunicación que como requisito establece el párrafo segundo (la demandada lo niega y la actora ni lo contradice ni aporta prueba en contrario), y la propia mercantil arrendadora afirma en la demanda que la Sra. Olga nunca pagó ninguna renta; con lo que no existió subrogación ni expresa ni tácitamente, y por ende, no viene obligada al pago de las rentas que se adeuden a la arrendadora, sin perjuicio de las relaciones internas entre aquella y su ex-marido sobre lo pactado o resuelto judicialmente a tal fin. De este modo, aunque resultara aplicable al caso el artículo 15 en su nueva redacción y aun cuando entendiéramos que se dan los supuestos recogidos en el apartado 1 del mismo (“... 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...”), no podría considerarse a la demandada como arrendataria al no haberse observado los requisitos establecidos en el apartado 2 del tan repetido artículo (cuya exigencia y redacción se ha mantenido invariable desde su redacción original). En definitiva, no ostentando la demandada la condición de arrendataria, carece de legitimación pasiva para soportar la acción deducida, por lo que ha de procederse a su desestimación sin necesidad de entrar en otras consideraciones».

(42) CARRASCO PERERA, A., «Com. artículo 15», ob. cit., p. 533.

(43) CARRASCO PERERA, A., «Com. artículo 15», ob. cit., p. 531.

(44) GALLEGO DOMINGUEZ, I., *Parejas de hecho*, ob. cit., pp. 314 y ss. En donde recoge los argumentos a favor de la extensión del artículo 15 de la LAU a las parejas de hecho y los argumentos en

dispuesto en los artículos 12 y 16 de la LAU. Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen mostrándose a favor de la reforma de este precepto para su extensión a las parejas de hecho, a pesar de lo cual el precepto sigue sin reformarse, debiendo acudir a su interpretación conforme el artículo 3 del CC, adecuándola a la realidad social actual.

2.2 Efectos de la subrogación

1. En la persona del arrendatario firmante del contrato primitivo. Al producirse una subrogación *ex lege*, con una modificación subjetiva en la persona del arrendatario, pasando el cónyuge usuario del arrendatario a ser titular del contrato, el primitivo titular del contrato de arrendamiento firmante del mismo, se vería liberado por los deberes del mismo, al haberse extinguido sus obligaciones por novación⁽⁴⁵⁾.

2. El cónyuge usuario es el titular del contrato de arrendamiento durante la vigencia del mismo si le ha sido 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.

Comparto la opinión de Cuenca Casas⁽⁴⁶⁾, al afirmar que la atribución del derecho de uso realizada judicialmente en sentencia de separación, nulidad o divorcio no puede prolongar la vida del contrato de arrendamiento más allá de lo que dispone el contrato de arrendamiento en el que se subroga, sin que se genere un título distinto a favor del cónyuge usuario. 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 inmueble.

En el supuesto que la atribución judicial del uso sea por tiempo inferior al de vigencia del contrato de arrendamiento, ¿habría que entender que no operaría el cambio en la titularidad del contrato y seguiría vinculado el

contra. JIMENEZ MUÑOZ, F. J., «Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento», ob. cit., p. 432.

(45) Ver 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, p. 156. Los Certales Fuerte D, *Los arrendamientos urbanos*, Madrid, 1995, p. 237. QUESADA GONZÁLES M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona, 1998, p. 192. PÉREZ URENA, A., «La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional», *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, Asociación española de abogados de familia, coordinado por De Andrés Irazabal, C y Hernández Catalán, 2003, p. 498. CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 385. JIMENEZ MUÑOZ, F. J., «Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, agosto 2023, pp. 414-445.

(46) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 385.

cónyuge arrendatario no usuario? Cuenca Casas⁽⁴⁷⁾ estima que no se produciría el cambio en la titularidad del contrato, al considerar que transcurrido ese plazo, podría volver a habitar el inmueble y por consiguiente seguiría vinculado por el contrato.

En mi opinión se produciría una subrogación por el tiempo de duración del uso atribuido judicialmente al cónyuge no firmante del contrato, extinguiéndose el contrato de arrendamiento respecto al primitivo arrendatario en el momento de esta subrogación y respecto al subrogado *ex lege* en el momento en que se extinga su atribución judicial, si esta es anterior a la fecha de la vigencia del contrato de arrendamiento, por cuanto con la subrogación legal se ha producido una novación subjetiva que conlleva la extinción de las obligaciones (art.1156. Cc en relación con el artículo 1203.2).

3. En la persona del arrendador, cuyo consentimiento no se solicita, si se cumplen todos los requisitos del artículo 15 y opera la subrogación *ex lege*, tendrá un nuevo titular del contrato de arrendamiento: el cónyuge a quien judicialmente se le atribuyó el uso de la vivienda de forma permanente o por periodo superior al plazo que resta por cumplir el contrato.

Si no se cumplen los requisitos del artículo 15 y no se produce la subrogación, el contrato de arrendamiento continua vigente en su integridad con el arrendatario firmante, quien no puede desistir unilateralmente y vendrá obligado al pago de las rentas, aun cuando no utilizase la vivienda.

En el supuesto que la atribución judicial del uso de la vivienda fuera inferior al plazo pactado, la subrogación *ex lege* se producirá durante el tiempo que se haya determinado judicialmente, con la consiguiente extinción del contrato respecto al arrendatario firmante desde la comunicación al arrendador. Una vez finalizado el plazo de atribución judicial del uso, el contrato de arrendamiento se extinguirá sin que se reanude en el primitivo arrendatario.

3. SUBROGACIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA VIVIENDA

En caso de fallecimiento del arrendatario firmante del contrato de arrendamiento de vivienda celebrado a partir del 1 de enero de 1995, el artículo 16 de la LAU⁽⁴⁸⁾ establece una subrogación *mortis causa* que

(47) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., p. 386.

(48) Respecto a los precedentes y valoración de la reforma de 1994, así como la tramitación parlamentaria, ver CARRASCO PERERA, A., «Com. al artículo 16», ob. cit., pp. 536-539. Sobre el *iter* referente a la subrogación de la pareja de hecho, ver GALLEGO DOMINGUEZ, I., *Pareja de hecho*, ob. cit., pp. 320-323.

supone una novación subjetiva⁽⁴⁹⁾ del contrato de arrendamiento, en favor de determinados beneficiarios que se colocan en el lugar del arrendatario, entre los que rige un orden de prelación, a falta de acuerdo entre ellos, y unos criterios basados en la vulnerabilidad de los mismos, siendo requisito indispensable que el arrendamiento esté vigente.

La inexistencia de beneficiarios conlleva la extinción del contrato de arrendamiento, si bien el arrendador deberá interponer la acción de desahucio para recuperar la posesión de la vivienda.

González Porras⁽⁵⁰⁾ considera que se trata de «un beneficio legal establecido para asegurar la estabilidad en la vivienda del arrendatario fallecido, que se logra mediante una sucesión legal a título particular en el contrato, diferente de la sucesión por causa de muerte. Los que se subrogan en la posición del arrendatario lo hacen no en virtud de un derecho sucesorio, sino *iure* propio fundado en la LAU».

Esta norma se aplica a los supuestos en que el contrato de arrendamiento de vivienda⁽⁵¹⁾ haya sido firmado únicamente por uno de los cónyuges, puesto que si ambos cónyuges son coarrendatarios por haber firmado ambos el contrato, el fallecimiento de uno de ellos motiva el acrecimiento de su cuota parte al sobreviviente.

Para que opere la subrogación es preciso que se produzca la muerte del arrendatario, lo que plantea dudas sobre la aplicación de la norma en supuestos de declaración de fallecimiento, encontrándose la doctrina dividida⁽⁵²⁾.

(49) MARTÍN CONTRERAS, L., *Ley de arrendamientos urbanos*, 3.ª ed. Wolters Kluwer España, Madrid, 2019, p. 298. sobre la subrogación *mortis causa*, ver VERDERA SERVER, R., *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(50) GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Ley 29/1994, de 24 de noviembre, VV. AA., coordinados por Lasarte Álvarez, C., Tecnos, Madrid, 1996, p. 457.

(51) Es un artículo imperativo para los arrendamientos de viviendas ordinarias. En cambio, para los arrendamientos de viviendas suntuarias es de carácter supletorio, si las partes no han pactado otra cosa.

(52) En contra de la extensión a la declaración del fallecimiento ver GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Observaciones acerca de la subrogación en el arrendamiento de vivienda en el caso de declaración de fallecimiento del arrendatario», *Revista Jurídica Sepin*, núm. 153, noviembre 1995, p. 12 y en GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Ley 29/1994, de 24 de noviembre, VV. AA., coordinados por Lasarte Álvarez, C., Tecnos, Madrid, 1996., pp. 49 ss. Este autor considera que si expresamente el legislador no incluyó en el tenor literal del precepto la declaración de fallecimiento, es porque tan solo se producirá la subrogación con la muerte natural, cierta y comprobada, y nunca con la declaración de fallecimiento. A favor de la aplicación tanto en casos de muerte natural como en declaración de fallecimiento se pronuncian SERRANO ALONSO, E., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Ley 29/1994, de 24 de noviembre), VV. AA., dirigidos por O'callaghan, X., EDESA, Madrid, 1995, pp. 168 y DÍAZ VALES, F., *La subrogación legal en la ley de arrendamientos urbanos*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 111 ss.

Además de lo anterior, prevalece el acuerdo unánime⁽⁵³⁾ sobre la persona que se subrogará en el contrato frente al orden de prelación establecido en el artículo 16 de la LAU.

3.1 Beneficiarios y orden de prelación

3.1.1 Cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él. Se exige además del requisito de ser cónyuge viudo, la convivencia con el arrendatario al tiempo del fallecimiento, sin que sea necesario duración mínima. Eso significa que aun cuando se hubiere producido la separación *de facto* o judicial⁽⁵⁴⁾, si se produce la reconciliación y esta se inscribe en el registro civil incluso 15 días antes de su fallecimiento, la/el cónyuge se subrogaría en la posición del arrendatario.

La misma situación acaecería si se celebra el mes antes a la fecha de fallecimiento, sea este *in articulo mortis* o no.

Por el contrario, si se ha dictado sentencia de divorcio o la nulidad del matrimonio, al dejar de ser cónyuges, aun cuando posteriormente volvieren a convivir y estuvieran conviviendo a la fecha del fallecimiento, no podrían subrogarse en este primero orden de beneficiarios, sin

(53) CARRASCO PERERA, A., «Com. al art.16», ob. cit., p. 552: «*El acuerdo no tiene por qué ser unánime. Basta que consienta aquel que, como consecuencia del acuerdo, pierde el rango prevalente. El viudo puede consentir al hijo que se subroga él, sin necesidad de contar para ello con el consentimiento de su suegro, pues el rango de éste no queda afectado por el acuerdo. Por tanto, bajo el sedicente acuerdo no existe más que una renuncia de rango, para la que solo está legitimado el beneficiario de este rango.*».

(54) PÉREZ UREÑA, A. A., *El arrendamiento de vivienda: subrogación «mortis causa»*, Comares, Granada, 1999, pp. 188 y 189, estima que también podrá subrogarse el cónyuge separado que tras haber cesado la convivencia en común mantiene su vida en el domicilio conyugal o la reanuda temporalmente en él, habida cuenta del mantenimiento del vínculo conyugal. GONZÁLEZ PORRAS, J. M. «Comentario...», cit. pp. 475-476. «El cónyuge separado de hecho o judicialmente y el divorciado no podrá subrogarse en el contrato de arrendamiento, puesto que con la separación de hecho y con la declarada en sentencia judicial cesa la presunción de convivencia conyugal de los artículos 68 y 69 del Código Civil, y salvo reconciliación según lo previsto en el artículo 84 del Código Civil, se produce definitivamente la suspensión de la vida en común, por lo que el hecho de la convivencia es lo que determina la posibilidad de subrogarse en el arrendamiento, y tal convivencia no se producirá en estos casos de separación y divorcio. Además, en estos casos, de concurrir cónyuge sobreviviente que no convive y conviviente no casados, el cónyuge no tendrá derecho a subrogarse, sino que lo podrá ejercitar el conviviente, pues lo que se prima en estos casos es la convivencia y no el concepto de familia». GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Arrendamientos urbanos, Vol. I, Estudio teórico práctico*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p. 187, considera que no se produce la subrogación en los casos de separación, nulidad o divorcio planteados jurisdiccionalmente, así como tampoco en los casos de mera separación de hecho, por no haber una convivencia actual. HIDALGO GARCÍA, S., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV. AA., dirigidos por Guilarte Gutiérrez, V., Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 211 estima que en caso de separación de hecho si ambos conviven en la misma vivienda, el cónyuge no arrendatario superviviente si tendría derecho a la subrogación porque solo se exige convivencia.

perjuicio de que pudieran serles aplicables los requisitos de los convivientes *more uxorio*.

3.1.2 En defecto del cónyuge, 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 tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

Para que opere esta subrogación es preciso que se cumplan los siguientes requisitos: 1/ convivencia con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad 2/ plazo mínimo de convivencia *more uxorio* de 2 años antes a la fecha del fallecimiento, salvo que tengan descendencia en común que solo se exige la convivencia.

El problema que plantea esta subrogación es la acreditación de la convivencia, así como del cumplimiento del plazo mínimo de 2 años, sin que se indique si esa convivencia ha de producirse en la misma vivienda arrendada o en otras. Ante el silencio del artículo 16, deberá interpretarse el periodo mínimo con independencia del lugar donde hayan convivido, no restringiéndolo exclusivamente a la vivienda arrendada. En este sentido se ha pronunciado la SAP Sevilla, S. 6.^a, núm. 45/2015 de 5 de marzo⁽⁵⁵⁾.

3.1.3 En defecto de cónyuge o conviviente *more uxorio*, los padres septuagenarios.

3.1.4 En defecto de los anteriores, los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieren sujetos a su patria potestad o tutela o hubieren convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes.

Los sometidos a patria potestad o tutela no deben acreditar convivencia, bastando con que se acredite dicha sujeción. Por el contrario, los demás descendientes que ya no se encuentran bajo la patria potestad o tutela es preciso que acrediten un periodo mínimo de convivencia de 2 años anteriores a la fecha de fallecimiento.

¿Puede el *nasciturus* subrogarse en la posición de su progenitor? La doctrina en esta materia se encuentra dividida⁽⁵⁶⁾, dada la redacción del

(55) SAP Sevilla, s.6.^a, núm. 45/2015 de 5 de marzo. Ponente: Rosario Marcos Martín. Id Cendoj: 41091370062015100054. Roj: SAP SE 532/2015 – ECLI: ES: APSE:2015:532. «El artículo 16 no establece específicamente que la convivencia haya de llevarse a cabo en la vivienda arrendada, aunque así lo entiende salvo en supuestos justificados la doctrina, pero es que aun cuando se entienda que puede producirse en otro inmueble, lo que es ineludible es la acreditación de que efectivamente ha tenido lugar durante el periodo legalmente establecido, acreditación que corresponde al actor». En la doctrina CARRASCO PERERA, A., «Com. al Art.16», ob. cit., p. 545: «En ningún caso se exige que la convivencia se haya desarrollado necesariamente en la vivienda arrendada, como prueba la evolución parlamentaria de la norma».

(56) En contra CARRASCO PERERA, A., ob. cit., pp. 374 y 375.

artículo 16 de la LAU. Si el artículo 29 del CC reputa al concebido por nacido a los efectos que le sean más favorables— *conceptus pro iam nato habetur*—, habrá que admitir la subrogación del *nasciturus* siempre que nazca con los requisitos del artículo 30 del CC. Para dar cumplimiento a los requisitos del artículo 16, las personas que ostenten la representación legal tendrán que notificar en el plazo de tres meses por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse⁽⁵⁷⁾.

3.1.5 El resto de los ascendientes no septuagenarios que hubieren convivido habitualmente con el arrendatario durante los dos años precedentes a su fallecimiento, sin limitación de grado.

3.1.6 Los hermanos del arrendatario en quienes concurren las circunstancias previstas en la letra anterior. Esto es convivencia con el arrendatario durante los dos años precedentes a su fallecimiento. Entre hermanos tendrán preferencia los de doble vínculo sobre el medio hermano.

3.1.7 Tíos o sobrinos con minusvalía igual o superior al 65 % siempre que acrediten convivencia con el arrendatario durante los dos años anteriores al fallecimiento.

3.2 Reglas especiales de concurrencia entre varios beneficiarios

Si dentro de la misma categoría de ascendientes o descendientes hay varios beneficiarios, el artículo 16.2 de la LAU acoge el criterio de la preferencia del más próximo excluye al más remoto. En el supuesto de concurrencia de hermanos de doble vínculo con los de vínculo sencillo, la prelación va a favor de los de doble vínculo sobre el medio hermano.

Si se produce conflicto entre personas que se encuentran en situación de igualdad, se resuelven por el siguiente orden:

- 1) Se prefiere a quien tuviere una minusvalía igual o superior al 65 %
- 2) en su defecto, quien tuviera mayores cargas familiares⁽⁵⁸⁾
- 3) en última instancia, al descendiente de menor edad, al ascendiente mayor o al hermano más joven.

(57) GUILARTE GUTIERREZ, V., «Comentario al artículo 16 de la LAU», ob. cit., p. 189; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario...», ob. cit., pp. 461 y 462.

(58) CARRASCO PERERA, A., «Comentario...», ob. cit., p. 377, cargas familiares se determinan pro el número de hijos o personas que vivan a cargo del beneficiario de la subrogación, sin que se tenga en cuenta el gasto que realice cada una; GUILARTE GUTIERREZ, V., «Comentario...», ob. cit., p. 191, es partidario de valorar la concreta onerosidad que suponen las personas que están a cargo del futuro arrendatario, pues puede resultar más gravoso el mantenimiento de menos personas; SERRANO ALONSO, E., «Comentario...», ob. cit., p. 173, considera que en las cargas familiares no solo hay que incluir los desembolsos económicos, sino también las cargas propiamente personales, es decir, el número de personas a su cargo, el trabajo a realizar, la dificultad del mismo, etc.

3.3 Notificación

El apartado 3.º del artículo 16 de la LAU regula la forma y el plazo de la notificación del interesado en la subrogación al arrendador.

a) La forma debe ser por escrito, indicando la identidad del subrogado y el parentesco con el fallecido⁽⁵⁹⁾. No se requiere fehaciencia, aunque si se exige se acredite que llegó a conocimiento del arrendador dentro del plazo de tres meses.

Debe acompañar los siguientes documentos: 1/ Certificado registral de defunción del arrendatario. Este documento acredita además del fallecimiento, la fecha del mismo. 2/ Certificado de identidad del subrogado, que puede acreditarse mediante el libro de familia, o extracto obtenido electrónicamente donde figuren los datos personales de los miembros de un mismo núcleo familiar, relacionados con su estado civil, o con certificados literales de nacimiento, matrimonio, etc., que acrediten el parentesco. 3/ Acreditativos de la convivencia durante los dos años anteriores al fallecimiento: certificado de empadronamiento, aunque puede no ser suficiente, DNI, afiliación a Seguridad social, cuentas bancarias, certificado de administrador de la comunidad de propietarios, testifical, etc.

b) Plazo. Ha de llegar a conocimiento del arrendatario antes de tres meses a contar desde la muerte del arrendatario. La ley exige la recepción de la notificación antes de los tres meses, no la emisión de la notificación.

La falta de recepción por el arrendador de la notificación en el plazo de tres meses, produce la extinción del contrato de arrendamiento, salvo que el arrendador emita recibo a nombre del subrogado, pues esto acredita la aceptación de la subrogación o el arrendador tenga conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la

(59) Ver. STS, s.1º, núm. 343/2012, de 30 de mayo, STS, s.1ª, pleno nº 247/2013, de 22 de abril, STS, s.1ª núm. 664/2013, de 23 de octubre. En estas sentencias, ha venido entendiendo que, para que tenga lugar la subrogación, es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 16 LAU, que incluyen la comunicación por escrito del fallecimiento y de la identidad de la persona que tiene la voluntad de subrogarse. Criterio modificado por la STS, s.1ª, Pleno, nº 475/2018 de 20 de julio 2018. Ponente: María de los Angeles Parra Lucan. Id Cendoj: 28079119912018100028. Roj: STS 2755/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2755. «Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello. No debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe».

voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello, tal como, en una interpretación no rigorista de estos requisitos formales aplicando la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídicos (Arts. 1.4 y 7 CC), ha sentado la AP Barcelona, s.13, núm. 487/2024 de 11 de julio de 2024⁽⁶⁰⁾ y de la SAP Barcelona, s.4.^a de 21 de mayo 2024⁽⁶¹⁾ que aplican el criterio de la STS, s.1.^a, pleno de 20 de julio de 2018⁽⁶²⁾

¿A qué fecha se produce la extinción del contrato de arrendamiento? ¿a la de fallecimiento del arrendatario o cuando se cumple el plazo de tres meses desde la fecha de fallecimiento?

El inciso final del número tercero del artículo 16 de la LAU dispone que *«si la extinción se produce, todos los que pudieran suceder al arrendatario, salvo los que renuncien a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del mes siguiente al fallecimiento, quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de dichos tres meses»*.

Del tenor literal de la norma se desprende que la extinción del contrato se producirá *ope legis* tres meses después del fallecimiento del arrendatario, si el arrendador no recibió notificación alguna de la subrogación.

Por ello, la ley considera deudoras solidarias del pago de la renta durante estos tres meses a todas aquellas personas que hubieren podido suceder al arrendatario, salvo que hayan renunciado a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del mes siguiente al fallecimiento. Si no se produce la subrogación, el cobro es debido. Si se produce

(60) SAP Barcelona, s.13, núm. 487/2024 de 11 de julio de 2024. Ponente: Pilar Ledesma Ibañez. Id Cendoj: 08019370132024100454. Roj: SAP B 9387/2024 – ECLI: ES: APB:2024:9387. *«[...] la sala considera que la doctrina anterior resulta excesivamente rígida y que no puede ser mantenida de manera inflexible sin atender en cada caso a las exigencias que imponga la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.4 y 7 CC). Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello. No debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe.»* Por lo tanto, en el estado actual de la cuestión, el TS propugna una interpretación no rigorista de los requisitos formales necesarios para la validez de la subrogación operada a favor de una persona que esté entre aquellas a las que la DT 2.^a de la LAU 1.994 reconoce y mantiene el derecho a subrogarse en el arrendamiento».

(61) SAP Barcelona, s.4.^a núm. 341/2024 de 21 de mayo 2024. Ponente: Francisco de Paula Puig Blanes. Id Cendoj: 08019370042024100322. Roj: SAP B 5756/2024 – ECLI: ES: APB:2024:5756.

(62) STS, s.1.^a, Pleno, núm. 475/2018 de 20 de julio de 2018. Ponente: María de los Angeles Parra Lucán.

la subrogación en beneficiario diferente a quien pagó, el cobro por el arrendador es debido, debiendo quien se subroga reintegrar esa renta a la persona que pago al arrendador.

En definitiva, si se está incluido dentro de los posibles beneficiarios del artículo 16 de la LAU y se tiene claro la renuncia a continuar en el uso de la vivienda, lo aconsejable es la notificación por escrito de dicha renuncia desde el mismo momento del fallecimiento del arrendatario y siempre dentro del plazo de un mes, a fin de no resultar responsable solidario de la obligación del pago de la renta de los tres meses posteriores al fallecimiento.

Sensu contrario, habrá que entender que si todas las personas posibles beneficiarias según el artículo 16 de la LAU, renuncian a la subrogación, el arrendador ¿no podrán reclamar la renta de dicho mes o la misma deberá ser abonada por los herederos del arrendatario? En mi opinión deberían abonarlas los herederos del arrendatario.

Esta solidaridad que establece el artículo 16.3 se exige a todos los posibles beneficiarios mencionados en el artículo 16, aunque su derecho sea remoto o únicamente cuando existan personas dentro de un mismo grado. Si se sigue una interpretación literal del precepto, el mismo se refiere a «*todos los que pudiera suceder al arrendatario, salvo los que renuncien*».

Guilarte Gutiérrez y Loscertales⁽⁶³⁾ no son partidarios de la aplicación literal del precepto, pues entienden que si solo puede subrogarse uno no habrá solidaridad, por ejemplo en el caso del cónyuge, siendo partidarios de interpretarlo en el sentido de estar obligado al pago de las rentas quien tenga facultad directa y preferente de subrogación, puesto que los posibles beneficiarios con un derecho remoto, dependen de la renuncia de los preferentes.

En el supuesto que el arrendador reciba varias notificaciones de subrogación, el artículo 16.3 *in fine* dispone: «*Si el arrendador recibiera en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación, podrá el arrendador considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse*».

Esto es, el arrendador podrá considerar deudores solidarios a todas las personas que manifestaron su voluntad de subrogarse en el contrato hasta que se determine cuál de ellos ocupará la posición de arrendatario fallecido.

(63) GUILARTE GUTIERREZ, V. «Comentario...», ob. cit., p. 192. LOSCERTALES FUERTES, D., «Comentario...», cit., p. 211.

3.4 Efectos de la subrogación

El beneficiario de la subrogación se coloca en el lugar del arrendatario causante, manteniéndose el contrato en todos sus términos hasta el vencimiento del contrato, sin que se indique un límite al número de subrogaciones posibles que puedan producirse durante el plazo contractual pactado o sus prórrogas según el artículo 10. Esto es, pueden producirse tantas subrogaciones como se produzcan hasta que acaezca el vencimiento contractual.

En el supuesto que no se produzca la subrogación, se producirá la extinción del arrendamiento, facultando al arrendador para desahuciar por precario a los ocupantes de la vivienda.

3.5 Exclusión voluntaria de la misma

El apartado 4.º del artículo 16 prevé la posibilidad de que las partes acuerden válidamente la exclusión del régimen de subrogación *mortis causa* cuando el plazo de duración inicial del contrato fuera superior a cinco años o siete años, si el arrendador es persona jurídica, pues no pueden excluirse durante los primeros cinco años o sus prórrogas con arreglo al artículo 10.

¿Cabría que las partes acordasen limitar el número de beneficiarios? Comparto la opinión de Lozano y J de Fuentes⁽⁶⁴⁾ de admitir la validez de este pacto de limitación del número de beneficiarios incluido en contratos de duración inicial superior a cinco años y cuando esta subrogación se produjera a partir del quinto año.

En el supuesto que no existan beneficiarios legales o que existiendo hubieran renunciado a sus derechos, se estima lícito el pacto realizado entre arrendador y arrendatario por el cual el derecho arrendaticio se traslade vía sucesoria a los herederos del arrendatario⁽⁶⁵⁾.

La última reforma operada por RD 7/2019 de 1 de marzo introdujo una excepción a este pacto de renuncia, impidiéndolo en personas que se

(64) LOZANO, D., y DE FUENTES, J., *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, ed. Praxis, 1994, p. 178. La invalidez del pacto de alteración del orden de beneficiario es sostenida por CARRASCO PERERA, A., «Com. al artículo 16», ob. cit., pp. 542-543. «*El Derecho de subrogación no se adquiere por vía hereditaria, sino que nace de la cabeza directa del beneficiario. Por esta razón es un derecho indisponible por el arrendatario, por vía de herencia o de legado, o por alteración del orden de subrogación. No se pierde por la renuncia a la herencia hecha por el beneficiario*».

(65) CARRASCO PERERA, A., «Com. al artículo 16», ob. cit., p. 544.

encuentren en situación de especial vulnerabilidad y afecte a menores, personas con discapacidad o personas mayores de 65 años⁽⁶⁶⁾.

4. CONCLUSIONES

El examen realizado de los artículos 12,15 y 16 de la LAU aplicables a contratos de arrendamiento de vivienda en el que el arrendatario es un único cónyuge o pareja de hecho, aconseja una reforma de los mismos a fin de evitar los problemas que se están produciendo en su aplicación y las diversas interpretaciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia están realizando.

Las normas deben interpretarse conforme a la realidad social, según lo dispuesto en el artículo 3 del CC, y en esa realidad social ha de tenerse en cuenta, además de los problemas económicos, sociales, los graves problemas que presentan la duración de los procedimientos judiciales para recuperar la posesión de las viviendas. Es cierto que también deberá existir un equilibrio entre la protección de los derechos de los arrendadores y de los arrendatarios en los contratos de arrendamiento de vivienda familiar, para dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 39 de la CE.

La regulación vigente genera desequilibrios en la protección de ambas partes del contrato de arrendamiento de vivienda, así como inseguridad jurídica en su aplicación caso por caso, fomentando las ocupaciones ilegales sin pago de renta o merced, obligando a los propietarios a acudir a la vía judicial ejercitando acciones de desahucios por precario que tardan años en ser resueltas y sin que a cambio perciban renta por la ocupación durante la tramitación de dichos procedimientos.

El artículo 12 de la LAU regula la subrogación *inter vivos* en el contrato de arrendamiento de vivienda suscrito por un solo titular, cónyuge o miembro de pareja de hecho, en supuestos en que continúa vigente el matrimonio o la unión de hecho, esto es, cuando de forma unilateral el arrendatario titular del contrato desiste, no renueva o abandona de facto la vivienda familiar, produciéndose una situación de separación de hecho. En este precepto se han detectado varias problemáticas que deberían ser subsanadas en sucesivas reformas, que afectan a la comunicación del desistimiento o no renovación unilateral por el arrendatario titular del contrato. El precepto omite el sujeto destinatario de la misma: ¿arrendador?, ¿cónyuge del arrendador, administrador, representante del arrendador? Forma

(66) JIMENEZ MUÑOZ, F. J., «Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento», ob. cit., p. 424.

de la comunicación del desistimiento o no renovación y si ha de ser fehaciente o no. ¿Habría que incluir a los hijos como beneficiarios de la norma?, ¿a los hijos menores o discapacitados o también a los hijos mayores? También sería deseable que el legislador optase por elegir entre subrogación potestativa para el beneficiario de la norma, subrogación ex lege imperativa o coarrendamiento y se detallan los efectos de la misma de forma expresa: ¿Hasta cuándo continúa vigente el arrendamiento para el primitivo titular, esto es *dies ad quem* de la extinción? ¿Cuándo comienza el *dies a quo* para considerar al conviviente del arrendatario titular del contrato? ¿Sería conveniente establecer presunciones *iuris tantum* para determinar los efectos de los silencios de las partes? ¿Habría que presumir que el silencio del cónyuge conviviente implica aceptación de la subrogación o, al contrario, producirá la extinción del arrendamiento? ¿Podría incluirse en los contratos de arrendamiento de vivienda cláusulas penales para supuestos de no entrega de la posesión de la vivienda arrendada en el momento de extinción del contrato de arrendamiento a fin de evitar que el arrendador sea la parte perjudicada por las crisis producidas en las relaciones familiares? ¿Habría que modificar los procedimientos de la LEC para agilizar la recuperación por parte del arrendador de la vivienda arrendada?

El artículo 15 de la LAU ha optado por establecer una subrogación *inter vivos* en los supuestos de nulidad, separación judicial y divorcio. La redacción actual de dicho precepto presenta problemas como se han destacado en el presente trabajo. ¿Qué significa atribución del uso de la vivienda arrendada de forma permanente? ¿quiere significar que se refiere a la atribución del uso de la vivienda realizada en sentencia definitiva y no en medidas provisionales? Debería analizarse si conviene incluir la atribución del uso de la vivienda familiar en convenios reguladores de mutuo acuerdo desde el momento de la firma del mismo o ha de esperarse al inicio del *dies a quo* de la subrogación a la fecha de la sentencia que homologa el convenio o se mantiene la vigencia del contrato de arrendamiento con el anterior titular hasta sentencia definitiva que declare la nulidad, separación judicial o divorcio. Habría que modificar el artículo 15 incluyendo resolución judicial, Decreto del letrado de la administración de justicia o escritura pública notarial añadiendo si se refiere a definitiva que declara la nulidad, separación judicial o divorcio, indicando explícitamente los efectos en los supuestos de atribución judicial del uso de la vivienda realizada en medidas provisionales. ¿Se aplica el artículo 12 de la LAU o el artículo 15? ¿O es conveniente adoptar la misma solución en ambos supuestos? ¿Qué efectos se atribuyen a la falta de comunicación al arrendador por parte del cónyuge del arrendatario? ¿Sería conveniente contemplar que la comunicación de la atribución del uso de la vivienda la puede realizar también el cónyuge arrendatario titular del contrato o el



juzgado, a instancia de las partes? La falta de comunicación por parte del beneficiario de la norma al arrendador ¿tendría por efecto la extinción del contrato? ¿Quedaría obligado el arrendatario titular al abono de todas las rentas durante la vigencia del contrato, aunque no use la vivienda, sin perjuicio de las relaciones internas entre los cónyuge o ex cónyuges? ¿Podrían admitirse cláusulas penales pactadas en los contratos de arrendamientos de vivienda para los supuestos de no entrega de la posesión de la vivienda arrendada en el momento de extinción del arrendamiento? ¿Habría que incluir expresamente como beneficiarios de la norma a las parejas de hecho a quienes se refieren los artículos 12 y 16 de la LAU? ¿Habría que ampliar el ámbito de los beneficiarios a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales? ¿a hijos menores y discapacitados o también a hijos mayores de edad? Todos estos problemas deberán ser analizados y buscar la solución más acorde con el ordenamiento jurídico y la realidad social.

En materia de subrogación *mortis causa* regulada en el artículo 16 de la LAU, también se precisa de una nueva reforma que afecte a los beneficiarios, el orden de prelación, el *dies a quo* de la subrogación, quien debe abonar las rentas desde la muerte hasta el día que se inicia la subrogación, el día en que se produce la extinción del contrato de arrendamiento, los problemas que se detectan respecto a la solidaridad en el pago de las rentas, la forma y los efectos de la falta de notificación de la muerte y de la subrogación, así como las demás cuestiones que se detallan en el presente trabajo.

Todo lo anterior, evidencia la necesidad de una urgente reforma de estos tres artículos a fin de resolver los problemas que en la actualidad vienen padeciendo las familias y los arrendadores.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA, A., «Com. artículo 12 LAU», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S. A. U., Pamplona, 2020.
- «Com. artículo 15 LAU» en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S. A. U., Pamplona, 2020.
- CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de derecho de familia*, (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas). Vol. III, 1.^a ed. Pamplona, 2011, pp. 275-442.
- «El régimen jurídico de la vivienda familiar» en *Tratado de derecho de familia*, (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas) Vol. III, 2.^a ed. Pamplona, 2017, pp. 287-492.



- GALLEGO DOMINGUEZ, I., «Parejas de hecho y arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de arrendamientos urbanos de 1994», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 19, agosto 2023, pp. 284-333.
- GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Observaciones acerca de la subrogación en el arrendamiento de vivienda en el caso de declaración de fallecimiento del arrendatario», *Revista Jurídica Sepin*, núm. 153, noviembre 1995.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Arrendamientos urbanos, Vol. I, Estudio teórico práctico*, Lex Nova, Valladolid, 1997.
- «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino en la nueva LAU», *Aranzadi civil*, núm. 3, 1998, pp. 65-96.
- HIDALGO GARCÍA, S., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV. AA., dirigidos por Guilarte Gutiérrez, V., Lex Nova, Valladolid, 1994.
- JIMENEZ MUÑOZ, F. J., «Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, agosto 2023, pp. 414-445.
- LOSCERTALES FUERTES, D., *Arrendamientos urbanos. Legislación y comentarios*, 10.^a ed., Sepin, Madrid, 2018.
- LOZANO, D., y DE FUENTES, J., *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, ed. Praxis, 1994.
- MARTÍN CONTRERAS, L., *Ley de Arrendamientos Urbanos*, 3.^a ed. Wolters Kluwer España, Madrid, 2019.
- PÉREZ UREÑA, A., «La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional», *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, coordinado por De Andrés Irazabal, C y Hernández Catalán, Asociación española de abogados de familia, 2003, pp. 495-510.
- QUESADA GONZÁLES M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona, 1998.
- 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.
- VERDERA SERVER, R., *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

D. DERECHO Y CONTRATOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

D.2 El contrato de alimentos^{*}

María José Azaustre Fernández
Profesora Titular de Derecho romano
Universidad de Oviedo
azaustremaria@uniovi.es

Resumen: *El contrato de alimentos y otras figuras análogas ponen a disposición de los particulares una posible solución para atender, entre otras, a las necesidades de vivienda, junto a las de manutención o asistencia de todo tipo; solución que es utilizada, fundamentalmente, por personas de edad avanzada o en favor de quienes se encuentran en situación de discapacidad. En este trabajo se analizan los principales problemas que, en la práctica diaria de nuestros tribunales, se plantean a propósito de este contrato, prestando especial atención a aquellas cuestiones de algún modo relacionadas con la vivienda.*

Palabras clave: *contrato de alimentos, incumplimiento, simulación, vivienda.*

^{*} El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00) y del que es investigadora principal Matilde Cuenca Casas.



Abstract: *The maintenance contract and other similar contracts provide individuals with a possible solution to meet, among others, their housing needs, together with those of maintenance or assistance of all kinds; a solution used, mainly, by elderly people or in favour of those who are in a situation of disability. This paper analyses the main problems that arise in the daily practice of our courts regarding this contract, paying special attention to those issues in some way connected with housing.*

Keywords: *Maintenance contract, non-compliance, simulation, housing.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El régimen jurídico del contrato de alimentos. 3. Principales cuestiones litigiosas. 3.1 Falta de capacidad del cedente o vicio del consentimiento. 3.2 Simulación contractual o ilicitud de la causa. 3.3 El incumplimiento de las obligaciones del alimentante. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los expedientes previstos por el ordenamiento jurídico para atender a las necesidades, entre ellas las de vivienda, de personas mayores o en situación de discapacidad –aunque no restringido únicamente a estos colectivos–, consiste en la transmisión de un capital a cambio de la obligación, asumida por la otra parte, de proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo durante su vida (art. 1791 CC). Se trata del contrato de alimentos, antes conocido como contrato de vitalicio o de cesión de bienes por alimentos.

En el desarrollo de este contrato, es fundamental prestar atención a la «vivienda» del alimentista. En primer lugar, porque muchas veces el móvil que le lleva a la celebración del contrato es el deseo, o bien de obtener una vivienda, si él no la tiene⁽¹⁾ (a cambio, por ejemplo, de la cesión de unas fincas) –lo que motiva la elección de un concreto alimentante–, o bien el de vivir acompañado, o en familia⁽²⁾, o incluso «de poder morir en compañía en la que es y ha sido su vivienda habitual toda su vida, sin tener que trasladarse al domicilio de otra persona o a alguna residencia»⁽³⁾.

(1) CALAZA LÓPEZ (2019), p. 146. Es el caso recogido en la SAP Islas Baleares 501/2004 (Sección 3.ª) de 12 de noviembre (JUR 2004, 312572).

(2) SAP Lugo 750/1996, de 4 de diciembre (AC 1996\2266): «la particularidad de los vitalicios es la de vivir “en familia”, es decir la de la prestación de asistencia, atención y cuidado y sobre todo cariño a la persona acogida...».

(3) SAP de Alicante (Sección 9.ª) 530/2014 de 14 noviembre (JUR\2015\55042) F. D. 3.º

En muchos casos el cumplimiento de la obligación va a conllevar la convivencia de alimentista y del alimentante en una misma vivienda, aunque la convivencia no es necesariamente un elemento esencial del contrato, precisándose para ello pacto expreso.

Desde el punto de vista del contenido del contrato, una de las obligaciones del alimentante, conforme al citado 1791 CC es, precisamente, la de proporcionar «*vivienda*, manutención y asistencia de todo tipo». Por su parte, el artículo 148 de la Compilación de Derecho Foral de Galicia dispone que «la prestación alimenticia deberá comprender el sustento, la *habitación*, el vestido y la asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes...». Por último, el artículo 624-8 del Código Civil de Cataluña establece como contenido típico del contrato de alimentos, salvo que se haya pactado otro distinto, la obligación de prestar *alojamiento*, manutención y todo tipo de asistencia y cuidado a una persona durante su vida.

Y finalmente, desde el punto de vista del objeto, puede comprobarse cómo, con frecuencia, el objeto de la cesión es, precisamente, una vivienda, a menudo la habitual del cedente⁽⁴⁾, tratándose del único o principal bien de su patrimonio⁽⁵⁾.

El propósito de estas páginas no es el de realizar un análisis exhaustivo de este contrato, sino más bien de sintetizar los aspectos básicos de su régimen jurídico haciendo hincapié en aquellas cuestiones de algún modo relacionadas con la vivienda, para destacar después cuáles son los aspectos más conflictivos del contrato, según se deduce del examen de los pronunciamientos de nuestros tribunales.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

El contrato de alimentos ha sido atípico en el Derecho civil común hasta la reforma operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de pro-

(4) STS 822/2021 de 30 noviembre (RJ\2021\5663); SAP Tarragona 114/2004 (Sección 3.ª) de 30 de octubre (JUR 2005, 104866); SAP de Huelva (Sección 2.ª) 139/2022 de 9 marzo (JUR\2022\163446) SAP de A Coruña (Sección 5.ª) 382/2014 de 14 noviembre (JUR 2015\46427).

(5) Extremo destacado, entre otros, por FLORIT FERNÁNDEZ (2015) p. 3 y CALAZA LÓPEZ (2016), p. 3. Así ocurre, en efecto, en los supuestos de hecho contemplados en las sentencias de la SAP Valencia (Sección 6.ª) 20/2022 de 21 de enero; SAP (Sección 4.ª) de las Islas Baleares (Sección 4.ª) núm. 371/2020 de 11 septiembre (JUR\2020\330077)– aquí también había unas plazas de garaje–, entre otras. En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 159/2019 de 14 marzo (RJ\2019\935) el matrimonio cedente era propietario de dos viviendas, pero carecían de importe en efectivo suficiente para cubrir sus necesidades diarias. También se transmiten dos viviendas en la SAP de A Coruña (Sección 5.ª) 182/2015 de 21 mayo AC\2015\792.

tección 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, que da nuevo contenido a los artículos 1791-1798 CC. Con anterioridad, ya se admitía jurisprudencial y doctrinalmente como un contrato innominado, bajo la denominación de vitalicio. No es este el lugar de indagar sobre los antecedentes de la figura, referidos con detalle en la STS (Sala de lo Civil) 683/2002, de 9 de julio (RJ 2002, 5904), ampliamente reproducida en resoluciones posteriores⁽⁶⁾. Algunos autores apuntan a la existencia de equivalentes funcionales de este contrato incluso en algunos pactos y estipulaciones que encontraban cabida en el Derecho romano⁽⁷⁾.

Actualmente, en Cataluña se contempla esta figura en los artículos 624-8 a 624-11 del Código Civil de Cataluña –sin perjuicio de su existencia en el derecho consuetudinario anterior–. De mayor tradición resultaba la figura en Galicia, donde ya mereció regulación bajo el artículo 95 la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia, estando contemplado a día de hoy en los artículos 147 a 156 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

En cuanto a sus caracteres, se señala de manera pacífica que se trata de un contrato consensual, oneroso, bilateral, personalísimo y aleatorio. La concurrencia o la falta de aleatoriedad en el caso concreto planteado es una de las cuestiones a las que frecuentemente se enfrentan nuestros tribunales a propósito de este contrato.

En relación con este problema, la reciente STS (Sala de lo Civil) 614/2025, de 19 de febrero (JUR\2025\23327) indica que no cabe la aplicación analógica del artículo 1804 CC, en el que se establece la nulidad de la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha. El principal argumento del Tribunal es que el legislador de 2003 reguló ex novo el contrato de alimentos, por lo que si, teniendo ocasión de introducir una previsión similar a la del citado precepto no lo hizo, no cabe apreciar la existencia de una laguna legal que requiera la aplicación analógica de una norma prevista para otro

(6) En dicha sentencia, tras referirse a figuras similares al contrato de alimentos en el Derecho comparado (como el arrendamiento *a nourriture* y el contrato *d'entretien viager* en Francia, el derecho de *altenteil* en Alemania y la *zadržuga* en Yugoslavia), la sentencia afirma que se pueden encontrar en nuestro país similitudes entre esta figura y determinadas instituciones forales como la «dación personal», institución consuetudinaria del Alto Aragón; la «pensión alimenticia» de Cataluña «ajena a los censales, violarios y vitalicios regulados en su Derecho escrito»; y en el artículo 95 de la Ley 4/1995 (LG 2006, 218, 312), de Derecho Civil de Galicia.

(7) CALAZA LÓPEZ (RGDR, 2018), pp. 11ss.; IDEM (2019), pp. 21 ss.; BAAMONDE MÉNDEZ (RGDR, 2021), p. 23 ss.

contrato. En el supuesto en cuestión, en el que el fallecimiento de la cedente se produjo tan solo dos días después de la celebración del contrato, se descarta que el cesionario tuviera conocimiento entonces de la inminencia del fallecimiento, por lo que enmarca lo ocurrido dentro del factor de incertidumbre de cualquier contrato aleatorio. Finalmente, recuerda el Alto Tribunal que, aun de haberse probado una conducta dolosa por parte del cesionario, el efecto habría sido el de la nulidad del contrato de alimentos por falta de causa ex arts. 1261.3 y 1275 CC, resultando improcedente la aplicación analógica del art. 1804 del mismo cuerpo legal.

Sus elementos personales son: el cedente –persona que transmite el capital–; el alimentista –persona beneficiaria de la prestación de alimentos–, que podrá o no coincidir con el cedente (el ejemplo típico sería, quizá, el de unos padres que ceden bienes o derechos a cambio de que se presten alimentos en favor de su hijo discapacitado) y el alimentante o deudor de alimentos, que podrá ser una persona física o jurídica, posibilidad esta última admitida por la doctrina mayoritaria⁽⁸⁾. Así, pueden encontrarse contratos de alimentos en los que se cede un bien, normalmente una vivienda, a una residencia de ancianos a cambio, por ejemplo, «de habitación individual con cuarto de baño, asistencia médica, alimentos y medicinas durante toda su vida, en dicha residencia»⁽⁹⁾. Para algunos autores, sería recomendable la existencia de un control respecto a las personas jurídicas que prestan alimentos a cambio de recibir un capital⁽¹⁰⁾.

Como es natural, puede haber varios alimentistas y/o varios alimentantes; en este segundo caso, se ha señalado que, en defecto de pacto, y dada la interpretación jurisprudencial del 1.137 CC, la peculiar naturaleza del contrato y el interés de los alimentistas, reclaman el carácter solidario de esta obligación⁽¹¹⁾, por otra parte expresamente prevista en el artículo 142.8 LDCG.

El contrato de alimentos puede celebrarse, como han señalado reiteradamente los tribunales, por personas entre las que existe la obligación legal de alimentos⁽¹²⁾.

Señala el CC que el bien cedido será «un capital en cualquier clase de bienes y derechos»; por tanto, podrá tratarse de bienes muebles o inmue-

(8) MARTÍNEZ ORTEGA (2007), p. 29; LETE ACHIRICA (2010), p. 1940; MESA MARRERO (2012), p. 88; BERENGUER ALBALADEJO (2012), p. 353; CALAZA LÓPEZ (2019), p. 189; SANTOS MORÓN (2023), p. 7938. Con relación al Derecho catalán, *vid.* BOSCH CARRERA (2018), p. 542 ss.

(9) SAP Madrid (Sección 14.ª) 168/2017 de 24 de mayo (JUR 2017\203552).

(10) BOSCH CARRERA (2018), p. 543.

(11) MARTÍNEZ ORTEGA (2007), p. 36; ECHEVARRÍA DE RADA (2011), p. 47; LETE ACHIRICA (2010), p. 1940; SANTOS MORÓN (2023), p. 7939.

(12) *Vid.* STS (Sala de lo Civil) de 30 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8708).

bles –incluso un capital, aunque esto no sea lo habitual⁽¹³⁾–. Muchas veces se tratará de una vivienda, tal y como se indicaba en el apartado precedente. La cesión podrá consistir en la transmisión del pleno dominio o de la nuda propiedad, reservándose el cedente el usufructo⁽¹⁴⁾.

En otro orden de cosas, la protección de la vivienda familiar exigirá que, cuando la misma vaya a ser objeto de la cesión a cambio de alimentos, se requiera el consentimiento del otro cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial⁽¹⁵⁾, por aplicación del artículo 1.320 CC, 231-9 CCCat, 190 del Código de Derecho Foral de Aragón, ley 81 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y artículo 4.3 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

Se trata de un contrato para el que ni el Código civil, ni el Código civil catalán, establecen requisitos de forma. Compartimos la opinión de aquellos autores⁽¹⁶⁾ que consideran que una mayor protección a los alimentistas, que serán personas probablemente en alguna situación de vulnerabilidad o necesidad –no necesariamente económica– justificaría que el legislador estableciese la obligatoriedad del documento público, como ocurre en el Derecho gallego (art. 150 de la LDCG).

Por lo que se refiere a las obligaciones de las partes, el cedente se compromete a transmitir los bienes que se hayan acordado, respondiendo en caso de evicción o de vicios ocultos. En cuanto al alimentante, suele afirmarse que su prestación es mixta, de dar y hacer, pues, por un lado, debe proporcionar vivienda y manutención –lo que implica la entrega de dinero o de bienes– y de otro, prestarle asistencia «de todo tipo», como indica el artículo 1791 CC, lo que da pie a entender también incluidos los cuidados afectivos, por lo demás expresamente mencionados en el artículo 148 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, por lo que, al menos en dicho territorio, habrán de considerarse como elemento esencial del contrato⁽¹⁷⁾.

La extensión y calidad de la prestación de alimentos, por mandato del artículo 1793 CC, no dependerá ni de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal del alimentista⁽¹⁸⁾, pero sí podrá variar en función de las necesidades de este último, dada la finalidad del

(13) Porque, como observa MARTÍNEZ ORTEGA (2007), p. 27, no será posible su inscripción registral.

(14) Observa NIETO ALONSO (1998), p. 212 que la posibilidad de ceder la nuda propiedad (lo que también sucede en la donación) es una de las diferencias entre el contrato de alimentos y la renta vitalicia, donde esto no sería posible (art. 1802 CC).

(15) STSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal) 26/1999 de 4 octubre (RJ\2000\749); STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) 31/2000 de 15 de diciembre (RJ 2001/4332).

(16) ECHEVARRÍA DE RADA (2011), pp. 81 y 86; BERENGUER ALBADALEJO (2012), p. 398; FLORIT FERNÁNDEZ (AC, 2015), p. 51; BOSCH CARRERA (2018), p. 547; CALAZA LÓPEZ (2019), p. 177 ss., etc.

(17) ESPIN ALBA (2024), p. 324; CALAZA LÓPEZ (2019), p. 48.

(18) Por ello no se extingue por las causas 2.ª a 5.ª previstas en el artículo 152 CC para la obligación legal de alimentos.

contrato⁽¹⁹⁾; a diferencia de la obligación legal de alimentos, que tiene como presupuesto para concretar la cuantía de la prestación el estado de necesidad del acreedor de alimentos.

Como señala Echevarría de Rada⁽²⁰⁾, la obligación de proporcionar vivienda puede cumplirse de distintas formas: en el domicilio del alimentante, o en una vivienda de su propiedad proporcionada al alimentista, o puede ocurrir que este permanezca en la propia vivienda cedida. Ahora bien, no es imprescindible la convivencia de ambos sujetos, salvo pacto expreso. Insiste la doctrina en recomendar que en el contrato se estipule claramente dónde se establecerá la vivienda del alimentista y cumplirá la obligación alimenticia⁽²¹⁾, e incluso las condiciones de habitabilidad mínimas exigidas por el cedente⁽²²⁾.

En cualquier caso, la vivienda que ha de proporcionarse al alimentista, como subraya Calaza López⁽²³⁾, ha de ser «digna y adecuada, de las características especificadas en el contrato, en su caso, en cuanto a superficie, distribución, practicidad, accesibilidad, lugar de situación etc.» Algunos litigios surgen, precisamente, para determinar si en el caso concreto las obras de adaptación de vivienda eran o no objeto del contrato de alimentos⁽²⁴⁾. También se hacen, en ocasiones, reclamaciones por el importe de las obras realizadas en la vivienda en casos de resolución del contrato⁽²⁵⁾.

Para el caso de muerte del alimentante o de la concurrencia de una circunstancia grave que impida la convivencia pacífica entre las partes, el artículo 1792 CC prevé la conversión del contrato de alimentos en una pensión o renta periódica en metálico. De este modo, se ha considerado que incumple sus obligaciones el alimentante que, ante la concurrencia de circunstancias que dan lugar a una imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de la prestación alimenticia en especie, por haberse agriado las relaciones entre alimentista y alimentante, no expresa su voluntad de cumplir el contrato en la forma que pudieran acordar ambos contratantes o, al menos, haber ofrecido en tiempo y forma el pago de una cantidad dineraria en sustitución de su obligación de hacer⁽²⁶⁾.

El CC no contempla la posibilidad de desistimiento unilateral, pero no excluye que pueda pactarse⁽²⁷⁾; tampoco es contemplado por el CCCat⁽²⁸⁾.

(19) Entre otros, MESA MARRERO (2009), p. 100; LETE ACHIRICA (2010), p. 1943.

(20) ECHEVARRÍA DE RADA (2011), p. 98.

(21) MARTÍNEZ ORTEGA (2007), p. 29; CALAZA LÓPEZ (2016), p. 10.

(22) MARTÍNEZ ORTEGA (2007), p. 39.

(23) CALAZA LÓPEZ (2016), p. 10.

(24) STSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal) 26/1999 de 4 octubre (RJ2000\749).

(25) AP de Islas Baleares (Sección 5.ª) 432/1999 de 23 junio (AC\1999\7876).

(26) AP de Islas Baleares (Sección 3.ª) 298/2014 de 17 octubre (AC 2014\2001).

(27) STS (Sala 1.ª) 617/2017 de 20 noviembre (RJ 2017\5099).

(28) A diferencia, como observa BOSCH CARRERA (2018), p. 565, de la Ley 22/2000, de 29 de diciembre de acogida de personas mayores en Cataluña (hoy derogada), que incluía la voluntad de

Sí lo recogen expresamente los artículos 152 y 153 de la Ley de Derecho civil gallega, permitiendo a quien se ha comprometido a prestar alimentos hasta el fallecimiento del alimentista a desistir del contrato, pero restituyendo los bienes que haya recibido. A quien recibe los alimentos, solo le reconoce la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de la prestación alimenticia.

Por último, se trata de un contrato en el que, para la protección de los derechos del alimentista, resulta recomendable el establecimiento de garantías, por ejemplo, la condición resolutoria expresa, la prohibición de disponer, constitución de hipoteca en garantía de la obligación de alimentos. Incluso se ha propuesto introducir en los contratos cláusulas en las que se otorgue al alimentista un derecho de consolidación de los alimentos percibidos⁽²⁹⁾.

La fiscalidad de la figura ha sido muy criticada⁽³⁰⁾, resultando necesario un tratamiento fiscal más acorde con su finalidad asistencial⁽³¹⁾.

3. PRINCIPALES CUESTIONES LITIGIOSAS

Algunas cuestiones que se pueden plantear en la práctica son las discrepancias a la hora de la calificación de un contrato⁽³²⁾; o incluso la

una de las partes como causa de extinción en su artículo 5.1.c). Por tanto, solo será posible el desistimiento unilateral del contrato de alimentos si se ha pactado en el contrato.

(29) MARTÍNEZ ORTEGA, 2007, p. 52.

(30) Como sintetiza CALAZA LÓPEZ (2019), p. 337, del contrato surgen tres tributaciones: una a cargo del cedente por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 8 del TRTPAJD) y dos a cargo del cesionario alimentante, que inicialmente habrá de pagar por el impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (art. 7 del TRTPAJD) y otra por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones en la parte que se manifieste el desequilibrio de las contraprestaciones (art. 59 RD 1629/91, de 8 de noviembre); con independencia de la tributación adicional que derivaría del establecimiento de una condición resolutoria explícita.

(31) ESPÍN LÓPEZ (2024), p. 309; CALAZA LÓPEZ (2019), p. 156; MARTÍNEZ ORTEGA (2007), quien entiende que en los contratos de alimentos celebrados a favor de una persona anciana (mayor de 65 años) sería justo y razonable que fiscalmente tuviese exenciones o beneficios fiscales, recordando la legislación sobre hipoteca inversa. Para BOSCH CARRERA (2018), p. 539 «la fiscalidad de este contrato es tan absurda que debería hacer enrojecer al propio legislador».

(32) Por ejemplo, el pacto por el que una de las partes se comprometía a hacerse cargo y cuidado de la otra «cuando se vea imposibilitada de realizar sus quehaceres cotidianos (tanto físico y mentales) «hasta los últimos días de su existencia» a cambio de la cesión del uso de la vivienda de su propiedad y el abono de 400€ mensuales, además del pago de «los servicios de agua, luz e internet, el IBI que pesan sobre el inmueble» fue calificado de precario por la parte actora y de comodato por la demandada; la sentencia de instancia, con un criterio meramente descriptivo, entendió que se trataba de «un contrato de prestación de servicios entre las partes en el que se acuerda que parte de la contraprestación que el actor debe abonar consiste en la atribución del uso de la vivienda». Finalmente, la SAP de Tarragona (Sección 3.ª) 255/2024 de 25 de abril (JUR 2024\188781) lo calificó como contrato de alimentos.



prueba de la existencia misma del contrato⁽³³⁾, lo que deriva, fundamentalmente, de la inexistencia de requisito formal alguno, salvo en la Ley del Derecho Civil de Galicia⁽³⁴⁾, cuestión, como se indicó, bastante criticable.

Otros problemas pueden derivar de la falta de poder de disposición del cedente. Así, por ejemplo, si el bien cedido tiene carácter ganancial, es preciso el concurso de ambos cónyuges⁽³⁵⁾. Pendiente de la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge viudo tampoco puede disponer, a través de un contrato de alimentos, de la mitad indivisa de los bienes que integran el acervo común⁽³⁶⁾.

Sin embargo, el examen de sentencias y autos de nuestros tribunales revela que la litigiosidad derivada del contrato de alimentos gira, fundamentalmente, en torno a tres tipos de problemas, que, en no pocas ocasiones, se plantean concatenados en una misma demanda, como peticiones subsidiarias. Un ejemplo típico lo ofrece la SAP de Burgos de 9 de abril de 2013⁽³⁷⁾: en primer lugar, se pide la anulación del contrato por falta de capacidad del cedente; subsidiariamente, se solicita su nulidad por causa ilícita, al considerarlo celebrado con el propósito de dañar los derechos de los herederos y, finalmente, se pide, también de manera subsidiaria, la resolución por incumplimiento, con la alegación de que el alimentante no cumplió con las obligaciones que le incumbían. En otras ocasiones, la última de las peticiones subsidiarias es la de que, en caso de haber considerado el tribunal que existió una donación encubierta válida y eficaz, se traigan los bienes cedidos a la masa hereditaria para computar su valor en la regulación de las legítimas y se proceda, en su caso, a la reducción en lo que pueda perjudicarlas⁽³⁸⁾.

(33) SAP Sta. Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) 241/2007 de 11 de julio (JUR 2007\347924); SAP de Murcia (Sección 3.ª) 356/1998 de 3 diciembre (JUR1999\31026); AP Pontevedra (Sección 6.ª), 521/2017 de 14 noviembre.

(34) Efectivamente, su artículo 150 exige que el contrato de vitalicio se formalice en escritura pública para tener efectos frente a terceros. La SAP Lugo (Sección 1.ª) 259/2020 de 21 mayo (JUR 2020\185158) declara la validez de un contrato de vitalicio celebrado mediante pacto verbal en los años 60, con anterioridad, por tanto, a la regulación del vitalicio gallego de 1995. Admite, incluso, que en algunos casos una posible forma verbal pudiera venir dada por un pacto tácito de carácter consuetudinario por el cuidado de enfermos o personas mayores.

(35) MARTÍNEZ ORTEGA (2007), p. 38; CALAZA LÓPEZ (2016), p. 5.

(36) Para la SAP Orense (Sección 2.ª) de 15 octubre 2002 (AC 2002\1502) tal acto dispositivo es radicalmente nulo, por falta de objeto (1261-2.º CC).

(37) SAP de Burgos (Sección 2.ª) 98/2013 de 9 abril (JUR\2013\251874).

(38) STS (Sala 1.ª) 115/2022 de 15 febrero (RJ 2022\947). El Alto Tribunal consideró aquí que la voluntad de los otorgantes era que el hijo recibiera los bienes del padre sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios.

3.1 Falta de capacidad del cedente o vicio del consentimiento

Puesto que en la mayor parte de los casos los cedentes son personas de edad avanzada, es relativamente frecuente que los herederos que, como consecuencia del contrato de alimentos, ven defraudadas de alguna manera sus expectativas sucesorias, impugnen el contrato alegando falta de capacidad del causante en el momento del otorgamiento. En este sentido, Calaza López⁽³⁹⁾ recomienda que el alimentista, cuando celebre este contrato, se haga con el dictamen de un facultativo que acredite que su salud es «buena», para prevenir futuras impugnaciones.

La carga de la prueba en estos casos corresponde a la parte que alega la existencia de vicio del consentimiento⁽⁴⁰⁾, según las normas generales sobre carga de la prueba (art. 217 LEC) y de reiterada jurisprudencia, según la cual la capacidad de las personas se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario⁽⁴¹⁾.

Suele jugar en favor de la presunción de capacidad el hecho de que la intención del cedente de transmitir los bienes ya se hubiera expresado con anterioridad al otorgamiento del contrato⁽⁴²⁾. En cambio, no suele concederse mucho valor a los informes médicos posteriores al momento del otorgamiento⁽⁴³⁾.

En algunos casos, tras el contrato de alimentos existe un auténtico delito de estafa, en el que el cesionario de los bienes, aprovechándose de su situación de superioridad respecto al cedente, le induce a la celebración de este contrato⁽⁴⁴⁾ hasta privarle de todo su patrimonio. En alguno

(39) CALAZA LÓPEZ (2019), p. 144.

(40) No consideraron acreditada la falta de capacidad de los alimentistas, la SAP Las Palmas (Sección 5.ª), 147/2014 de 31 marzo (JUR 2014\147032) o la SAP Lugo (Sección 1.ª) 26/2016 de 14 enero (AC 2016\225), por ejemplo.

(41) La destrucción de la presunción de capacidad para se entendió acreditada, en relación con el contrato de alimentos, por ejemplo, en la SAP de Pontevedra (Sección 6.ª) 223/2020 de 4 junio (JUR\2020\218405), en primer lugar, por la incapacidad de la cedente de firmar la escritura notarial de cesión, debiendo estampar su huella, circunstancia que entiende el Tribunal, en unión a otros indicios –las declaraciones de testigos sin interés en el pleito y la declaración de un neurólogo que valoró a la cedente tan solo ocho días *antes* del otorgamiento– no se debió a un impedimento físico (por otra parte, no reseñado en la escritura). También apreció falta de capacidad la SAP de Ourense (Sección 1.ª) 68/2021 de 17 febrero (JUR\2021\121943), en base a informes médicos anteriores, proceso de incapacitación iniciado poco después de la fecha que aparecía en el supuesto documento privado de cesión de bienes por alimentos o la SAP Pontevedra (Sección 6.ª), 223/2020 de 4 junio. (JUR 2020\218405), en virtud de la prueba testifical y pericial médica practicadas.

(42) SAP Islas Baleares (Sección 4.ª) 371/2020 de 11 septiembre, F. D. 5.º En el caso contemplado por la SAP de Lugo (Sección 1.ª) 26/2016 de 14 de enero AC\2016\225, dicha intención se había mantenido durante años. Tampoco se estima la alegación de falta de capacidad en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 115/2022 de 15 febrero RJ\2022\947.

(43) SAP Islas Baleares (Sección 4.ª) 371/2020 de 11 septiembre.

(44) Se aprecia delito de estafa en la SAP de Murcia (Sección 1.ª) 14/2005 de 28 abril ARP\2005\597: aprovechándose de la edad del cedente (82 años) y su estado de tristeza por el fa-

de los casos el condenado por estafa era administrador de la residencia geriátrica en la que residía la víctima; a estos efectos, hay que tener en cuenta que, siendo el contrato de alimentos un negocio jurídico *inter vivos*, no le alcanza la prohibición del 752 párrafo 2.º CC, que establece la nulidad de las disposiciones hechas por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas, así como la de las disposiciones realizadas a favor de los citados establecimientos.

3.2 Simulación contractual e ilicitud de la causa

En principio, tal y como destacan algunos autores⁽⁴⁵⁾ la celebración de un contrato de alimentos no tendría por qué contravenir los derechos de los legitimarios, por cuanto, «tratándose de un contrato oneroso la existencia de legítimas carece de relevancia, pues la disposición patrimonial que a través del mismo se efectúa no vulnera lo dispuesto en el artículo 636 CC, ni concurre la obligación de colacionar, ni puede reputarse inoficiosa, cualquiera que sea la cuantía de los bienes cedidos al no tratarse de un acto de disposición a título gratuito»⁽⁴⁶⁾. En este sentido, y para evitar que los herederos instituidos sufran impugnaciones futuras, incluso se ha llegado a proponer la celebración de estos contratos como alternativa a la desheredación⁽⁴⁷⁾.

Ahora bien, también es cierto que, en no pocas ocasiones, el contrato de alimentos se contempla en la práctica bajo la sombra de la sospecha de

llecimiento de su esposa y sentimientos de soledad, los acusados comenzaron a prestar atenciones y cuidados, ofreciéndole una habitación en su pensión para que viviera allí y prometiéndole que lo iban a atender mientras viviera, ganándose su confianza, hasta conseguir que firmara una serie de documentos donde reconocía un contrato de alimentos, además de convertirle en autorizados en sus cuentas bancarias, que posteriormente vaciaron e inducirle a otorgar testamento ológrafo en su favor; en la STSJ de Galicia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 30/2024 de 7 marzo (JUR\2024\118992), donde se condena al apoderado de una residencia geriátrica que consigue que, el perjudicado, declarado incapaz, le otorgue poder general de facultades amplísimas, pocos días después de la firma de un documento privado por el que el acusado se compromete a cuidarlo y prestarle alimentos en la residencia a cambio de dos fincas valoradas en 33.000 euros, siendo evidente que los alimentos al cedente ya estaban garantizados por el contrato de estancia en la residencia geriátrica, induciéndole además a otorgar testamento en el que le instituye heredero universal y en la SAP de Islas Baleares (Sección 1.ª) 75/2018 de 9 julio (JUR\2018\264977), que condena al director de una sucursal bancaria que, apercibiéndose del deterioro mental de una clienta habitual de la oficina, que le dificultaba la comprensión clara del alcance de sus actos, se ganó su confianza y la convenció de que, a cambio de cuidarla y ayudarla en la gestión de actividad diaria le permitiese disponer de sus bienes con la intención de lucrarse con ellos.

(45) CALAZA LÓPEZ (2019), p. 131; VELA SÁNCHEZ (ADC, 2023) pp. 993 ss.

(46) SAP Pontevedra (Sección 2.ª) 172/2001 de 1 junio (JUR 2001\258985).

(47) VELA SÁNCHEZ (ADC, 2023), p. 997.

simulación. Muchas veces, el contrato de alimentos queda encubierto bajo la apariencia de una compraventa, fundamentalmente, como pone de manifiesto Calaza López⁽⁴⁸⁾, por motivos fiscales—. Otras veces, es el contrato de alimentos el que encubre una donación, eventualmente realizada con el propósito de defraudar los derechos de los legitimarios o de los acreedores, hasta el punto de afirmarse, en algunas resoluciones judiciales, que este contrato «se ha vuelto frecuente, hasta el extremo de ser utilizado efectivamente de manera fraudulenta para atacar la intangibilidad de la legítima»⁽⁴⁹⁾. En estos casos, los legitimarios siempre podrán impugnarlo, demostrando la falta de aleatoriedad, onerosidad o de bilateralidad. De hecho, tales impugnaciones en el marco del contrato de alimentos resultan relativamente frecuentes.

No obstante, hay que observar desde el punto de vista del *onus probandi* que, si una disposición testamentaria que contiene la desheredación resulta impugnada, corresponde la carga de la prueba de la concurrencia de la justa causa de desheredación a los herederos instituidos, si el desheredado la niega (850 CC). Frente a ello, en las impugnaciones de los contratos de alimentos por simulación, falta de causa o su ilicitud, encubrimiento de una donación inoficiosa, etc. la carga de la prueba de dichas circunstancias va a recaer en el legitimario que impugna.

Para apreciar la existencia de un contrato de alimentos válido la doctrina suele fijarse en la existencia contraprestación⁽⁵⁰⁾—o del cumplimiento de la prestación de alimentos⁽⁵¹⁾—y de la presencia del riesgo inherente a los contratos onerosos⁽⁵²⁾, o al menos, como indica Echevarría de Rada⁽⁵³⁾, a la proporcionalidad entre cada uno de los elementos que integran ese riesgo.

La jurisprudencia, a su vez, viene señalando como indicios más relevantes de la presencia de una simulación contractual los siguientes:

1.º) *La falta de necesidad de llevar a cabo el contrato*, es decir, cuando el propósito contractual no justifica suficientemente la utilización del contrato de alimentos»⁽⁵⁴⁾. De este modo, si el cedente tiene todas sus

(48) CALAZA LÓPEZ (2019), p. 140.

(49) SAP de Segovia (Sección única) 114/2003, de 25 de julio (JUR 2003/241871).

(50) SANTOS MORÓN, M. J. (2023), p. 7937.

(51) ESPÍN ALBA (2024), p. 316.

(52) MARTÍNEZ ORTEGA (2007), p. 37.

(53) De esta forma, la menor probabilidad de un resultado favorable para una de las partes habría de quedar compensada con la mayor importancia del beneficio patrimonial que espera obtener, de modo que si uno de los elementos que integran el riesgo falta, el riesgo desaparece, y el contrato de alimentos sería nulo (ECHEVARRÍA DE RADA, 2006, p. 3464).

(54) SAP de Santiago de Compostela (Sección 6.ª) 352/2015, de 2 de octubre. En este caso, se trataba de un alimentista —persona joven y sana— que cedía la propiedad de unos bienes a la alimentante, empleada del hogar, a cambio de la realización de labores como lavar y planchar la ropa,

necesidades cubiertas por tener bienes o ingresos suficientes, pensiones, ayuda a la dependencia, o un buen estado de salud, ausencia de necesidades asistenciales, etc., de modo que sea muy difícil prever que el alimentante tendrá que prestarle asistencia de algún tipo, los tribunales probablemente considerarán que en realidad el negocio que se quería realizar era otro⁽⁵⁵⁾.

No obstante, este indicio suele apreciarse en concurrencia con otros –singularmente el de la falta de realización efectiva de la prestación–, porque, como declara la SAP de Segovia de 12 de abril de 2017⁽⁵⁶⁾ no hace falta que la necesidad se dé en el momento del contrato, sino que este puede celebrarse en previsión de una necesidad futura, aunque como indica la SAP Oviedo de 13 de abril de 2023⁽⁵⁷⁾, tal necesidad haya de resultar con un grado de probabilidad razonable.

Y hay que tener en cuenta que, de la falta de necesidad de medios económicos no puede inferirse sin más la ausencia de onerosidad ni de causa, pues frecuentemente lo que pretende el cedente es, ante el temor a la soledad, asegurarse «la compañía, las atenciones, cuidados personales, asistencia y cariño sin tener que abandonar su casa de toda la vida»⁽⁵⁸⁾.

Tampoco la percepción de una pensión o la existencia de un seguro médico implican necesariamente la ausencia de necesidad por parte del alimentista, porque ello conduciría al absurdo de invalidar *ab initio* para realizar un contrato de cesión de bienes por alimentos a cualquier persona que percibiera una pensión y estuviera cubierta por un seguro médico privado o por la Seguridad Social⁽⁵⁹⁾.

2.º) *El parentesco próximo entre quienes intervienen en él.* Aunque es cuestión pacífica que el contrato puede ser realizado por

hacer la comida, la compra, limpiar, etc. Como observa FLORIT FERNÁNDEZ (AC, 2015), p. 45, para dicha relación contractual se debería haber celebrado un contrato de trabajo.

(55) Así, por ejemplo, en el asunto resuelto en SAP de Oviedo (Sección 4.ª) 216/2023, de 13 de abril (JUR 2023\266221) se comprueba que los cedentes tenían cubiertas sus necesidades de habitación, al mantener el usufructo de los bienes cedidos, al igual que sus necesidades económicas, al contar con sus pensiones y otros ingresos, no constando, en cambio, la existencia de ingresos de la hija alimentista (al margen de que ella misma cobraba las rentas de un piso cuyo usufructo pertenecía a los padres). Se corrobora así el parecer del órgano de instancia en el sentido de que «lejos de ser la hija quien prestó los alimentos a sus padres, fueron estos los que procuraron la habitación y sustento de la primera».

(56) SAP de Segovia (Sección 1.ª) 87/2017 de 12 de abril (AC\2017\654). En su F. D. 4.º insiste en la nota de aleatoriedad en el contrato de vitalicio, de modo que «no puede negarse la existencia de la causa en el caso de que la cedente no necesitara la contraprestación, o la necesitara menor por ser más precisos, en el momento en que contrató. La contraprestación recibida dependerá de la duración de la vida de la cedente y de sus circunstancias. Y esto no afecta a la existencia de causa.»

(57) SAP de Oviedo, (Sección 4.ª) 216 /2023, de 13 de abril, (JUR 2023\266221) F. D. 3.º

(58) SAP de Alicante (Sección 9.ª) 530/2014 de 14 noviembre (JUR\2015\55042), F. D. 3.º

(59) SAP Islas Baleares (Sección 3.ª) 501/2004 de 12 de noviembre, (JUR 2004, 312572).

personas entre las que existe el deber de alimentos, sin embargo, es cierto que muchas veces se considera, como indica la SAP Huelva de 9 de marzo de 2022⁽⁶⁰⁾, que los contratos de alimentos «deben ser examinados con cierto cuidado en aquellos supuestos en los que se constata que la cesión de bienes se hace en favor de quien, además, por su vinculación familiar directa, tiene ya de por sí una obligación legal de prestar alimentos».

3.º) *La privación de los derechos hereditarios*. Se suele tener en cuenta la existencia de una mala relación con los legitimarios que impugnan el contrato, lo que puede hacer presumir una intención de desherrarlo, sobre todo si el cedente transmite todo su patrimonio.

4.º) *La ausencia de prueba sobre la realidad de la contraprestación o la falta de proporcionalidad entre las prestaciones*, comparando lo irrisorio de la prestación que asume el alimentante, si se pone en relación con la importancia económica de los bienes cedidos⁽⁶¹⁾, o, a veces también la falta de prueba de la convivencia, cuando esta se hubiere pactado. De todos los indicios que pueden llevar a apreciar la existencia de simulación, quizá precisamente este, el de la falta de la efectiva realización de las prestaciones objeto del contrato por parte del cesionario sea el que más se tiene en cuenta⁽⁶²⁾.

De este modo, no se considera acreditada la simulación si se demuestra, por ejemplo, que el alimentante prestó la asistencia y cuidados a los que se obligaba en el contrato, asumiendo los gastos necesarios para la atención y cuidado de la alimentista, cuya pensión no bastaba para cubrir todas sus necesidades⁽⁶³⁾; o si acredita que el cedente se fue a vivir a casa de la cesionaria durante años, durante los cuales esta le cuidó, asistió en su domicilio y en las sucesivas estancias hospitalarias, lo que no queda desvirtuado por la percepción de una pensión de jubilación ni la existencia de un seguro médico⁽⁶⁴⁾.

(60) SAP Huelva (Sección 2.ª) 139/2022 de 9 marzo (JUR\2022\163446), F. D.2.º

(61) TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 115/2022 de 15 febrero (RJ\2022\947).

(62) En igual sentido SERRANO CHAMORRO (2005), p. 332.

(63) SAP de Valencia (Sección 6.ª) 20/2022 de 21 enero (JUR\2024\55095).

(64) SAP de las Islas Baleares (Sección 3.ª) 501/2004 de 12 de noviembre. Tampoco consideraron probada la simulación, al acreditarse la realización de la prestación, entre otras, la SAP Lugo (Sección 1.ª) 359/2012 de 24 mayo (JUR 2012\199895); AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), sentencia núm. 339/2012 de 15 junio (AC 2012\1829); STSJ Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 40/2012 de 27 noviembre; SAP Las Palmas (Sección 4.ª) 204/2013 de 3 junio (JUR 2013\278892); SAP de Oviedo (Sección 6.ª) 244/2013, de 16 de septiembre; SAP de A Coruña (Sección 5.ª) 382/2014 de 14 de noviembre (JUR\2015\46427); SAP de Alicante (Sección 9.ª) 530/2014 de 14 de noviembre (JUR\2015\55042); SAP Toledo (Sección 1.ª) 170/2015 de 1 julio (JUR 2015\180891); SAP de Segovia (Sección 1.ª) 87/2017 de 12 de abril (AC\2017\654); SAP Valencia (Sección 6.ª), 20/2022 de 21 enero (JUR 2024\55095).

En cambio, la demostración clara de que tales prestaciones no tuvieron lugar suele ser un indicio suficiente para declarar la nulidad del contrato⁽⁶⁵⁾.

Lo mismo ocurre cuando se constata la ausencia de una auténtica voluntad de cuidar por parte del alimentante; en estos casos los tribunales aprecian la simulación absoluta. Es el caso contemplado por la SAP de A Coruña 52/2018 de 16 febrero (AC\2018\1170), donde el Tribunal concluye, que «tras desaparecer de su vida, justo al día siguiente de la firma en la Notaría, desaparecieron también las intenciones de cuidar al apelante, los deseos sexuales y las promesas de matrimonio... Es más, en la propia contestación a la demanda se reconoce que no lo pudo cuidar porque tiene un hijo menor de edad», añadiendo, no sin cierta sorna, que «Debe ser que lo recordó rápidamente».

5.º) En unión a otros indicios, puede tenerse en cuenta *la falta de precisión en el contrato del contenido* de la prestación del alimentante, es decir, en qué forma va a prestar los alimentos.

6.º) A veces se trae a colación el hecho de *no haber ejercitado en tiempo y forma la facultad pactada de resolución del contrato por incumplimiento* de las obligaciones del alimentante como indicio de que la prestación efectivamente se cumplió. Dicho argumento no suele tener demasiado peso específico, siendo utilizado únicamente como refuerzo de las conclusiones adoptadas gracias a otros indicios, ya sea a favor de entender probada la simulación⁽⁶⁶⁾ o de considerarla no acreditada⁽⁶⁷⁾.

7.º) El hecho de que el cesionario ya viniera prestando esos cuidados con anterioridad a la celebración del contrato⁽⁶⁸⁾.

3.3 El incumplimiento de las obligaciones del alimentante

Como en cualquier otro contrato, cualquiera de las partes puede incumplir sus obligaciones; lo que ocurre es que, dada la diferencia temporal en la ejecución de las prestaciones, no será normal que el cedente in-

(65) Como sucedió en los supuestos contemplados por la SAP de Huelva (Sección 2.ª) 139/2022 de 9 marzo (JUR\2022\163446): «no se alega siquiera que en algún momento los alimentantes hayan tenido que hacer algún pago para cubrir gastos de los alimentistas, ni que hayan domiciliado recibos o cargos propios de éstos en sus cuentas»; SAP Oviedo (Sección 4.ª) 216 /2023, de 13 de abril (JUR 2023\266221); ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 1 febrero 2023 (RJ2023\893).

(66) SAP Oviedo (Sección 4.ª) 216 /2023, de 13 de abril (JUR 2023\266221) por considerar que la falta de ejercicio de la facultad de resolución se encontraba en consonancia con el carácter irreal del contrato.

(67) AP de Oviedo (Sección 6.ª) 244/2013, de 16 de septiembre, FJ. 3.º; SAP de Lugo (Sección 1.ª) 26/2016 de 14 de enero AC\2016\225, F. D. 2.º SAP de Cádiz (Sección 2.ª) 248/2008 de 30 junio. JUR 2012\136855, FD 2.º

(68) TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 115/2022 de 15 febrero (RJ 2022\947, antes citada).

cumpla con la obligación de entrega⁽⁶⁹⁾, aunque si así lo hiciera, se aplicarían las normas generales del 1.124 CC. Por otra parte, debe responder, en su caso, por evicción y vicios ocultos.

Normalmente los problemas se suscitan por el incumplimiento de las obligaciones por parte del alimentante. En el Derecho civil común, el alimentista podrá optar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.792, entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los alimentos devenidos con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas (art. 1.124 CC). En cambio, en el Derecho catalán, no existe la posibilidad de reclamar la ejecución forzosa de la prestación, *ex* artículo 624-9.1 CCCat, en el que se establece en favor de cualquiera de las partes únicamente la posibilidad de instar la resolución del contrato por incumplimiento de la otra, quien debe, además de restituir todo lo recibido, indemnizar a la otra por los daños y perjuicios.

Según el CC, en caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respecto de lo que dispone el artículo 1.796, corresponda al alimentista, quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen (art. 1.795). El alimentista, de todos modos, ha de tener la posibilidad de volver a formalizar otro contrato de iguales características, por lo que le debe quedar un capital suficiente, como determina el artículo 1.796, según el cual «de las consecuencias de la resolución del contrato habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida»⁽⁷⁰⁾.

En los litigios por incumplimiento del contrato de alimentos, normalmente se dirimen dos tipos de cuestiones distintas:

1) La existencia de un verdadero incumplimiento imputable al alimentante, y si este recayó sobre elementos esenciales del contrato⁽⁷¹⁾. En

(69) Como observa CALAZA LÓPEZ (2019) p. 241, el legislador ni siquiera ha disciplinado este supuesto de hecho, y tampoco suelen encontrarse resoluciones judiciales al respecto.

(70) SAP Tarragona (Sección 3.ª) 122/2004 de 23 diciembre (JUR/2005/104824).

(71) MARTÍNEZ ORTEGA (2007), p. 41; MESA MARRERO (2009), p. 122; CALAZA LÓPEZ (2019), p. 267. En general se dice que el incumplimiento que da lugar a la resolución ha de ser grave, recaer sobre elementos esenciales del contrato, definitivo y objetivo (BOSCH CARRRERA, 2018, pp. 57-58). Observa SANTOS MORÓN (2023) p. 7955, que se pueden plantear dificultades cuando el alimentante cumple solo alguna de las prestaciones, pero no otras, estimando que, si el cumplimiento parcial o defectuoso trae consigo la frustración de la finalidad perseguida al contratar, deberá admitirse el ejercicio de la facultad resolutoria.

este sentido, suele traerse a colación el artículo 153 de la Ley de Derecho civil de Galicia, en la que se especifican las causas concretas que pueden dar lugar a la resolución el contrato a instancias del cedente⁽⁷²⁾. Se trata de cuestiones que, dadas las características de este contrato, resultan bastante complicadas de demostrar en la práctica⁽⁷³⁾. De ahí que se insista en la necesidad de preconstituir la prueba y de elaborar los contratos adaptándolos a la realidad de los contratantes⁽⁷⁴⁾.

Ahora bien, la dificultad en la prueba del incumplimiento no implica que esta sea imposible, existiendo numerosas sentencias en las que se aprecia, efectivamente, el incumplimiento del alimentante y se declara la resolución del contrato por esta causa⁽⁷⁵⁾. Resulta ilustrativa, a estos efectos, la SAP de Jaén de 7 de junio de 2010⁽⁷⁶⁾, en la que, tras reconocerse la dificultad que

(72) Artículo 153.1. El cedente podrá resolver el contrato si concurriera alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Conducta gravemente injuriosa o vejatoria de la persona obligada a prestar alimentos, de su cónyuge o pareja o de los hijos con los que conviva respecto al alimentista; 2.ª Incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia, o de los términos en los que fue pactada, siempre que no sea imputable a su perceptor; 3.ª Cuando, según la posición social y económica de las partes, el cesionario no cuide o no atienda en lo necesario al alimentista en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la búsqueda del mantenimiento de su calidad de vida.

(73) De este modo, no consideraron probado el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones de cuidado y alimentación, por ejemplo, la SAP Sevilla (Sección 5.ª) 167/2014 de 7 marzo (AC 2014\1096), SAP Tarragona (Sección 1.ª) 118/2013 de 6 marzo (JUR 2013\160020); AP Zamora (Sección 1.ª) 84/2014 de 19 mayo (JUR 2014\180613); la SAP de Badajoz, (Sección 2.ª) 281/2015 de 18 noviembre (JUR 2015\301683).

(74) BOSCH CARRERA (2018), p. 556. En las pp. 569 ss. propone una serie de posibles pactos a contemplar en los contratos de alimentos, como por ejemplo, el pacto sobre qué supone un incumplimiento tardío o defectuoso de la prestación del alimentante y sus efectos; pacto sobre qué conductas o actitudes pueden ser consideradas como graves entre las partes; pacto sobre lo que se considera conducta obstativa al cumplimiento por parte del alimentista; pacto sobre la valoración de las prestaciones a devolverse en caso de resolución por incumplimiento del alimentante, etc.

(75) Sirven de ejemplo, sin ánimo exhaustivo, las SSTs (Sala de lo Civil) de 2 de julio 1992 (RJ 1992/6502) y TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 249/2007, 26 de febrero (RJ 2007/653); SAP Jaén (Sección 2.ª) 335/2002 de 8 de octubre (AC/2002/2222); AP de Murcia (Sección 5.ª) 65/2003 de 18 de febrero (JUR 2003/196519); AP de Asturias (Sección 7.ª) 383/2004 de 26 de julio (AC 2005/198); SSAP Pontevedra (Sección 6.ª) 581/2007, de 30 de octubre (JUR 2008/85677) y (Sección 6.ª), 607/2013 de 19 septiembre (JUR 2013/313399); AP Ourense (Sección 1.ª) 55/2016 de 12 de febrero (JUR 2016\56729); AP Islas Baleares (Sección 4.ª), 232/2012 de 22 mayo (JUR 2012\241571); SS. AP Madrid (Sección 13.ª), 368/2013 de 30 septiembre (JUR 2014\3235) y (Sección 10.ª), 124/2016 de 23 febrero (JUR 2016\89133); AP León (Sección 1.ª), 23/2013 de 17 enero (JUR 2013\58919); SAP de Ourense (Sección 1.ª) 55/2016 de 12 febrero (JUR 2016\56729); SSAP de A Coruña (Sección 6.ª) 345/2014 de 30 diciembre (JUR 2015\80321) y (Sección 5.ª) 182/2015 de 21 mayo (AC/2015/792); AP Valencia (Sección 7.ª), 404/2013 de 18 septiembre (JUR 2023\297092); SAP de Cádiz (Sección 2.ª) 444/2023 de 14 de noviembre. Una sentencia ilustrativa de un incumplimiento grave es la de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) 406/2015 de 23 diciembre (JUR 2016\27007), donde las condiciones y estado de la vivienda del alimentista pudieron constatar en la prueba documental aportada y a través de los informes aportados por la trabajadora social que venía haciendo seguimiento del núcleo familiar.

(76) SAP de Jaén (Sección 1.ª) 140/2010 de 7 junio (AC 2010\1425), que revoca parcialmente la sentencia estimatoria de una demanda en la que los alimentantes impugnan el ejercicio de una condición resolutoria expresa, con la inscripción de la reversión de la propiedad de la finca transmitida

entraña probar el cumplimiento o incumplimiento de una serie de hechos que se producen en el ámbito familiar, afirma el tribunal que:

«si se llega al extremo de exigir dinero al alimentista para contribuir a su propio mantenimiento, se le aísla del resto de la familia en los pocos actos que hoy en día se hacen en común, como es la comida, y en definitiva se le trata como un extraño, hasta el punto de que el anciano llega a tomar la decisión de irse del domicilio, sin que ello motive respuesta alguna por parte de los alimentantes salvo la presente demanda, la finalidad del contrato, en la que el contenido económico solo es parte y en el caso no fundamental a la vista del valor de las prestaciones recíprocas, se frustra para el alimentista, que insistió en sus manifestaciones en que no le trataban como esperaba y que no necesitaba la pensión económica en la que se pretendía convertir la prestación personalísima».

2) La posibilidad de que el incumplimiento en cuestión haya venido motivado por causa imputable al propio alimentista⁽⁷⁷⁾. La demostración del comportamiento obstativo al cumplimiento corresponde al alimentante, como señala la SAP de A Coruña (Sección 5.ª) 182/2015 de 21 mayo AC2015\792:

«producido el incumplimiento de la obligación contractual, hay que presumirlo imputable a culpa del deudor, pues la conducta humana se supone voluntaria y es éste el obligado al cumplimiento, por lo que le incumbe probar que ha sido sin culpa, por caso fortuito o fuerza mayor, cual se prevé en el artículo 1.183 del Código Civil respecto a obligaciones de dar, pero extendido no tanto por analogía sino como principio general, según doctrina y jurisprudencia, a todo tipo de obligaciones, como las de hacer o no hacer» [...] «Siendo en principio el incumplimiento imputable a los demandados, y sosteniendo éstos el hecho impositivo de la actuación obstativa de la demandante que les habría impedido el cumplimiento, les corresponde a aquéllos la carga de la prueba del hecho alegado, o sea que el incumplimiento es imputable a ésta».

Un supuesto extremo de actitud obstativa al cumplimiento es el contemplado por la SAP de A Coruña (Sección 6.ª) 23/2018 de 23 marzo (AC\2018\816) en la que se llegan a mencionar comportamientos inadecuados o simplemente monstruosos, de índole sexual del demandante, que

en el Registro de la propiedad de forma unilateral por parte del alimentista, solicitando además la conversión de su obligación de prestar alimentos personalmente por el pago de una pensión periódica en metálico *ex* artículo 1792.

(77) También consideran que el incumplimiento fue imputable al alimentista, por ejemplo, las SSTS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002/5904) y 1 de julio de 2003 (RJ 2003/4321), así como las SSAP de Valencia de 12 de septiembre de 2005 (JUR 2005\275493), Alicante de 18 de noviembre de 2005 (JUR 2006\136320) y AP Pontevedra (Sección 3.ª) 78/2014 de 12 marzo (JUR 2014\218825); AP Islas Baleares (Sección 5.ª), 62/2013 de 18 febrero (JUR 2013\126947).

dan lugar a que se marcharan de la casa y dejaran de trabajar allí las personas enviadas por la alimentista, llegando a producirse denuncias e incluso órdenes de alejamiento. En estas circunstancias, la actitud impeditiva del cumplimiento, por motivos intolerables y contrarios a la dignidad de las personas, «hace que las alegaciones sobre lo insuficiente o inadecuado de la atención que estas personas prestaban resulte intrascendente».

En ocasiones, los alimentistas tratan de preconstituir la prueba de su voluntad de cumplimiento mediante el envío de un requerimiento o de un burofax al alimentante. Para los tribunales esto no es suficiente si no constatan, además, una verdadera voluntad de cumplir las obligaciones contraídas que les incumben, mediante actuaciones posteriores que permitan evidenciar un sólido e inquebrantable propósito de cumplimiento, como, por ejemplo, intentos de comunicación posteriores al requerimiento, acudir al domicilio del alimentante o los lugares por él frecuentados para demostrar su interés en cumplir sus obligaciones, y dejando, en su lugar, transcurrir varios años⁽⁷⁸⁾.

Puede ocurrir también que sean varios los alimentantes y que solo uno de ellos incumpla sus obligaciones. La SAP Badajoz (Sección 3.ª) 114/2024 de 19 de abril⁽⁷⁹⁾ declaró en un caso así la resolución del contrato solo con respecto al incumplidor.

Otra cuestión es la derivada de aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento de la obligación por parte del alimentante. Se señala que en estos casos es posible la resolución, pues no es necesario que el incumplimiento sea imputable al deudor, aunque no podrá exigirse además indemnización de daños y perjuicios pues para ello es precisa la imputabilidad del cumplimiento⁽⁸⁰⁾.

BIBLIOGRAFÍA

BAAMONDE MÉNDEZ, J. M., «Antecedentes del contrato de vitalicio en el Derecho romano: una aproximación a su objeto de estudio a través de un documento epistolar», *RGDR*, 36 (2021).

(78) SSAP de A Coruña (Sección 5.ª) 182/2015 de 21 mayo AC\2015\792 y TSJ de Galicia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 14/2016 de 8 marzo (RJ 2016\2053).

(79) De hecho, la acción fue ejercitada por la otra alimentante, como heredera procesal de la alimentista. El tribunal entendió acreditado el incumplimiento por la propia declaración de esta última, quien mediante acta de notificación de requerimiento notarial expresó en su día su voluntad de rescindir por causa de incumplimiento respecto a uno solo de los alimentantes, «que no le ha cuidado ni asistido y asimismo, de forma continuada le ha faltado al respeto, insultándola y menospreciándola, diciéndola que la iba a mandar a una residencia»; además del testimonio del sanitario, de la terapeuta ocupacional y de vecinos.

(80) SANTOS MORÓN (2023), p. 7955.



- BERENGUER ALBADALEJO, C., *El contrato de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.
- BOSCH CARRERA, A., «El contrato de alimentos en el Libro VI del Código civil de Cataluña», *Estudios sobre el Libro VI del Código civil de Cataluña*, Serrano de Nicolás (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 535-574.
- CALAZA LÓPEZ, C. A., «El contrato de alimentos como garantía de bienestar: análisis y propuestas *de lege ferenda*», *Diario La Ley*, núm. 8777, 7 de junio de 2016.
- «La modernidad, actualidad e innovación de Roma en el contrato de alimentos», *RGDR*, 31, 2018.
- *El contrato de alimentos como garantía de asistencia vitalicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T., «El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2019-2020, 2006, pp. 3461-3481.
- *El contrato de alimentos en el Código civil*, S. P. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011.
- ESPÍN ALBA, I., «El contrato de vitalicio en la ley de derecho civil de Galicia», en *La obligación de alimentos: Un análisis multidisciplinar*, Vivas Tesón (dir.), Atelier, Barcelona, 2024, pp. 303-331.
- FLORIT FERNÁNDEZ, C., «El contrato de alimentos una década después de su inclusión en el Código Civil», *AC*, vol. 1, núm. 1, 2015.
- LETE ACHIRICA, J. «Artículos 1791 a 1797: Del contrato de alimentos», en *Comentarios al Código civil*, Domínguez Luelmo (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.
- MARTÍNEZ ORTEGA, J. C., *El contrato de alimentos. Formularios y Recopilación de Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2007.
- MESA MARRERO, C., *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- NIETO ALONSO, A., *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Trivium, Madrid, 1998.
- SANTOS MORÓN, M. J., «Comentario a los artículos 1.791-1.798 CC», en *Comentarios al Código civil*, Cañizares Laso (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- SERRANO CHAMORRO, M. E., «Ciertas consideraciones legales y jurisprudenciales del contrato de alimentos», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Torres García (coord.), S. P. U. de Valladolid, 2005, pp. 315-344.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., «El contrato de vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación», *ADC*, 76, 2023, pp. 989-1040.



E. EFECTOS FISCALES DERIVADOS DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

E.1 La aportación de la vivienda familiar a la sociedad de gananciales y su adjudicación en la liquidación del régimen⁽¹⁾

Carmen López-Rendo Rodríguez

Profesora Titular de Universidad

Universidad de Oviedo

<https://orcid.org/0000-0003-3407-2363>

clrendo@uniovi.es

Resumen: *En el presente trabajo se analizan los efectos fiscales derivados de la aportación de la vivienda habitual a la sociedad de gananciales, tanto si se efectúa con carácter oneroso o gratuito como los que se producen con la adjudicación de la misma al liquidar el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales.*

(1) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00) cuya investigadora principal es Matilde Cuenca Casas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Palabras clave: *Vivienda habitual, aportación a sociedad de gananciales, adjudicación vivienda familiar, liquidación de sociedad de gananciales, Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas (ITPO), impuesto sobre donaciones (ISD), impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IVTNU), impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF).*

Abstract: *In this study, the fiscal effects derived from the contribution of the habitual residence to the community property are analyzed, whether it is carried out on an onerous or free basis or those that occur with the award of the same when liquidating the marital economic regime of community property.*

Keywords: *Main residence, contribution to community property, allocation of family housing, liquidation of community property, tax on onerous property transfers (ITPO), donation tax (ISD), tax on the increase in the value of urban land (IVTNU), personal income tax (IRPF).*

Sumario: 1. La aportación de la vivienda familiar a la sociedad de gananciales. 2. Fiscalidad derivada de la adjudicación de la vivienda en la liquidación del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales. 2.1 Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. 2.2 Plusvalía municipal: no sujeción. 2.3 Impuesto sobre la renta de personas físicas. 3. Conclusión. Bibliografía.

1. LA APORTACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Antes de procederse a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales ha de analizarse la naturaleza de los bienes que ostenta cada cónyuge, si son privativos⁽²⁾, parte privativos y parte gananciales (arts. 1354 y 1357 CC) o gananciales *ope legis*⁽³⁾ o por atribución de los cónyuges⁽⁴⁾ y estudiar las repercusiones fiscales que conlleva la

(2) *Vid.* artículo 1.346 CC; artículo 1348 CC; artículo 1352; artículo 1357.1 CC.

(3) Arts. 1347; artículo 1349; artículo 1.350; artículo 1351; artículo 1353, artículo 1356; artículo 1359; artículo 1361 CC.

(4) BERROCAL LANZAROT, A. I., «La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 2020, pp. 3045-3099. GALLARDO RODRÍGUEZ, A., «La atribución de ganancialidad y la aportación

aportación o no aportación de bienes a la sociedad de gananciales, a fin de adoptar la solución más ventajosa para los cónyuges.

Es preciso distinguir entre la aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales⁽⁵⁾ y la «*atribución expresa del carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo en todo o en parte*» como afirman Sanciñena y Gago⁽⁶⁾: [...] *Aun cuando ambos casos coinciden en dotar al bien de naturaleza ganancial no deben confundirse: ‘se trata de figuras claramente distintas’ (RDGSJFP 8916/2020, 12 de junio de 2020). Por un lado, la atribución expresa de ganancialidad del artículo 1355.1 CC, que recae en el momento de la adquisición del bien a título oneroso con fondos privativos constante la sociedad de gananciales concurriendo el consentimiento de ambos cónyuges, y determina que el bien ingrese ab initio en la masa ganancial y, por otro, el denominado negocio de aportación o comunicación de un bien privativo a la sociedad de gananciales que, como carece del amparo de un precepto específico, se acoge al principio general de libertad de contratación entre cónyuges del artículo 1323 CC».*

¿En qué momento debe realizarse esa aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales? Esta aportación debe efectuarse mientras se encuentre vigente el régimen de sociedad de gananciales, sin que pueda tener validez y eficacia cuando la sociedad de gananciales se haya disuelto. De tal forma que, producido el fallecimiento, o dictada sentencia de divorcio no puede realizarse dicha aportación a una sociedad ya disuelta, puesto que el fallecimiento y la sentencia de divorcio disuelven la sociedad de gananciales.

Cabría plantearse el supuesto de una aportación de bienes privativos en capitulaciones matrimoniales firmadas ante notario antes de contraer matrimonio, cuando aún no ha nacido el régimen económico matrimonial de gananciales. Sanciñena y Gago⁽⁷⁾ estiman que sí pueden realizarse, si

de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso». *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 37, 2023, pp. 3–27.

(5) Ver MEDRANO ARANGUREN, A., «Aspectos civiles y fiscales de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 249, 2021; MARIÑO PARDO, F. M., «Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 71, 2016, pp. 81-107; POVEDA BERNAL, M. I., «Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 640, 1997, pp. 799-888.

(6) SANCINENA ASURMENDI, C., y GAGO SIMARRO, C., «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», *ADC*, Tomo LXXV, fasc. IV (octubre-diciembre), 2022, pp. 1451-1522, en concreto, p. 145.5.

(7) SANCINENA ASURMENDI, C., y GAGO SIMARRO, C., «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», ob. cit., p. 1460.



bien quedan sometidas a las reglas de eficacia y caducidad de las capitulaciones matrimoniales⁽⁸⁾.

En la práctica actual es muy habitual el siguiente supuesto:

«Ana firma contrato privado sobre plano de una vivienda que va a constituir su vivienda habitual. Ana y Juan ingresan al 50 % en una cuenta conjunta fondos para pagar facturas de la promotora. Ana firma en estado de soltera la escritura de compraventa y la hipoteca con la entidad bancaria la firman Ana y Juan como deudores solidarios, con intención de aportar el inmueble a la sociedad de gananciales una vez hayan contraído matrimonio y su régimen económico matrimonial sea el de sociedad de gananciales».

El primer problema que se nos plantea es como debemos hacer la aportación⁽⁹⁾ del bien a la sociedad de gananciales⁽¹⁰⁾, de forma onerosa o gratuita. Si se desea que el valor de lo aportado regrese al patrimonio del aportante en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, por cuanto solo pretendemos un cambio en la cualidad del bien que pasa de ser privativo a ganancial, es importante que se haga constar en la aportación que la misma se realiza de forma onerosa con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la liquidación⁽¹¹⁾. Si no se hace constar que la aportación se realiza de forma onerosa, y que el aportante tiene un crédito en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales nada percibirá el aportante cuando se disuelva y liquide la sociedad de gananciales.

1. Si la aportación se realiza de forma ONEROSA, es decir, para extinguir deuda del esposo frente a la esposa por cantidades que adelantó

(8) Artículo 1334 CC: «Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año».

(9) LOBATO GARCÍA-MUÑOZ, M., «La aportación de un bien a la sociedad conyugal», *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 29-71.

(10) Respecto al negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales y los supuestos que se han venido contemplando en la legislación y resoluciones de la Dirección General del Notariado, ver NIETO ALONSO, A., La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el Régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del código civil, *Revista de Derecho civil*, Vol. VIII, núm. 2 (abril-junio 2021) Estudios, pp. 39-91; SANCINENA ASURMENDI, C., y GAGO SIMARRO, C., «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», ob. cit., p. 1458 ss.

(11) SANCINENA ASURMENDI, C., y GAGO SIMARRO, C., «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», » ob. cit., p. 1465: «no cabe derivar el carácter oneroso de la aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales de la reserva o del reconocimiento de un derecho de reembolso, puesto que este reembolso no funciona como causa de la aportación, sino más bien como consecuencia, que se materializa al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, tal y como precisa, la Resolución de 22 de junio de 2006: 'que, salvo pacto en contrario, el desplazamiento patrimonial derivado

como préstamo cuando eran novios o reconociendo que surge un crédito a compensar entre ambos en momento de LSG⁽¹²⁾ estaría sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, según dispone el artículo 7.1. del TRLITPAJD, pero EXENTA, por aplicación del artículo 45. 1. B) 3 del mismo texto legal⁽¹³⁾.

2. Si la aportación se realiza a título GRATUITO por un cónyuge a la sociedad de gananciales se producirá un cambio en la cualidad del bien y además en la titularidad del bien, pues el bien pasa a ser titular exclusivo de la sociedad de gananciales.

A continuación, se analizarán las repercusiones fiscales de esta aportación gratuita en Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (en adelante ITPOYAJD); Impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD); impuesto municipal del incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IMVTNU); Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF).

2.1 No se encuentra sujeta a ITPOAJD por las siguientes razones:

1) La sociedad de gananciales es un patrimonio separado independiente, distinto del patrimonio privativo de cada cónyuge;

2) La sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica⁽¹⁴⁾ y no está incluida en la lista de obligados tributarios del artículo 35 de la LGT 58/2003 de 17 de diciembre⁽¹⁵⁾;

3) No se produce la copropiedad del bien entre los cónyuges sobre una cuota determinada. Esto es, no existe un proindiviso, sino que ambos cónyuges son titulares del total de los bienes que integran la sociedad de gananciales;

4) No existe negocio jurídico entre cónyuges, el bien aportado es propiedad de la sociedad de gananciales y no del otro cónyuge;

5) Desde la perspectiva del Derecho civil la aportación gratuita de un bien privativo a la sociedad de gananciales, es un negocio atípico del

de la convención de ganancialidad dará lugar al reembolso previsto en dicho precepto, que no es causa de la atribución o aportación, sino consecuencia de la misma, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio' (reiterado por la RDGRN 30 de julio de 2018)».

(12) Si no existen deudas previas a compensar, realizada la aportación de forma onerosa a la sociedad de gananciales, nace un crédito a favor del aportante frente a la sociedad de gananciales, conservando su derecho al reintegro al momento de su liquidación.

(13) RDGT. 23/02/2018 (núm. V0513-18); RDGT 08/03/2019 (núm. V0504-19); RDTG 19/08/2019 (núm. V2216-19); RDGT 19/11/21. (núm. V2921-21).

(14) *Vid.* STS 1 febrero 2016 y 8 de febrero de 2016, entre otras.

(15) Las STS (S.3.ª) de 18 de febrero 2009 y 3 de marzo 2021 no considera sujeto pasivo a efectos fiscales a la sociedad de gananciales.



Derecho de Familia con causa propia conocida como *causa matrimonii*⁽¹⁶⁾, que da lugar a un desplazamiento patrimonial y correlativa adquisición, y cuyo rasgo característico y definidor es su gratuidad, por lo que no nos encontramos con un negocio jurídico oneroso, que es la nota que caracteriza a las transmisiones patrimoniales sujetas al ITPO, artículo 7.1. A del Real Decreto Legislativo 1/1993.

2.2 Tampoco tributa por Impuesto sobre sucesiones y donaciones (en adelante ISD), por los siguientes motivos:

2.2.1 El sujeto pasivo de este impuesto es exclusivamente la persona física. Se trata de un impuesto directo y subjetivo, cuyo objeto es gravar los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por personas físicas, tal como se especifica en la Exposición de Motivos de la Ley:

«El Impuesto de Sucesiones y Donaciones cierra el marco de la imposición directa, con el carácter de tributo complementario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; grava las adquisiciones gratuitas de las personas físicas y su naturaleza directa...»

Y en el mismo sentido se recoge en su artículo 1, *«El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, en los términos previstos en la presente Ley»*.

2.2.2 La sociedad de gananciales no es persona física y por consiguiente no es sujeto pasivo del impuesto⁽¹⁷⁾, puesto que ni el artículo 8 del TRITPAJD (en sede de TPO), ni el artículo 29 del mismo cuerpo legal (en el ámbito de AJD), referidos ambos al sujeto pasivo en dichas modalidades contemplan que pueda ser sujeto pasivo un patrimonio separado, lo que excluye su posible tributación de acuerdo a los artículos 35.4 y 8.c) de la LGT.

2.2.3 La aportación gratuita de bien privativo a la sociedad de gananciales no constituye una donación al otro cónyuge, sino que la destinataria del acto de disposición es la sociedad de gananciales.

En definitiva, NO se encuentra SUJETA NI POR ITPAJD por no ser onerosa, ni por ISD, como patrimonio separado, en tanto que solo puede serlo las personas físicas y aquellas instituciones o entes que especialmente

(16) RODRIGUEZ-PALMERO SEUMA, P., y GARCIA DE ARriba MARCOS, R., *La causa matrimonii en el negocio de atribución de bienes en favor de la sociedad de gananciales*, La Ley, 2006, núm. 6582.

(17) ALVAREZ MENENDEZ, E., «La sociedad de gananciales y el impuesto sobre sucesiones y donaciones. ¿Sujeto de la relación jurídico-tributaria?», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 197, 2023.

se prevea legalmente, sin que exista norma al efecto respecto de la sociedades de gananciales, y sin que quepa confundir la operación que nos ocupa, en la que el beneficiario es la sociedad de gananciales, con la aportación a título gratuito por un cónyuge de un bien privativo a favor del otro cónyuge, así lo ha establecido la STS, sala 3.^a, 3 marzo 2021. núm.295/2021 y seguido por las consultas vinculantes V2921-21 de 19 de noviembre 2021 y V1920-22 de 8 de septiembre 2022 y V2032-22 de 21 de septiembre de 2022.

El segundo problema se observa se refiere a la tributación o no de la aportación de la vivienda familiar a la sociedad de gananciales en el IRPF del aportante.

La Ley del IRPF estima que no se produce alteración del patrimonio en la disolución de la sociedad de gananciales (art. 33.2), SI BIEN OMITE cualquier referencia a la aportación de bienes a esta sociedad.

El artículo 33.1 de la Ley del IRPF determina que: «Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél», de modo que la Dirección General de Tributos (consulta V0513-18 de 23 de febrero de 2018) estima que al aportar un bien privativo a la sociedad de gananciales a título oneroso se produce una alteración en la composición del patrimonio que puede poner de manifiesto una ganancia o pérdida patrimonial integrante de la base imponible del impuesto, pero únicamente por su cincuenta por ciento, pues considera que el aportante sigue siendo propietario del 50 % del bien aportado y que del otro 50% es titular su cónyuge. Subyace la idea de que mediante esta operación se traslada la mitad de la propiedad de un cónyuge a otro, cuestión que es negada por el T. S en la sentencia de 3 de marzo de 2021 núm. 295/2021, al afirmar que la sociedad de gananciales es una comunidad germánica, carente de cuotas, y que cada cónyuge es titular de todo el patrimonio, aunque compartida dicha titularidad, y que estas aportaciones no pueden incardinarse sin más dentro de los negocios traslativos de dominio, siendo negocios atípicos del derecho de familia.

Este criterio ha sido seguido por el TEAR de Madrid en resolución de 25 de mayo 2022. REA 18/10901/2021/00/00⁽¹⁸⁾.

(18) TEAR de Madrid en resolución de 25 de mayo 2022. REA 18/10901/2021/00/00: «En virtud de lo expuesto, este Tribunal concluye que si el cónyuge que transmite del bien privativo sigue siendo el titular del total del bien aportado, y tal bien, nunca llega a formar parte del patrimonio privativo del otro cónyuge, no existe alteración patrimonial por la aportación del inmueble a la sociedad de gananciales, ya que no hay un enriquecimiento o mayor valor del patrimonio del cónyuge que en teoría se beneficia de la incorporación del inmueble a la sociedad de gananciales ni se produce una pérdida de la titularidad en el cónyuge aportante, pues la esencia de la sociedad de gananciales es que no existen cuotas sobre los bienes conformadores del patrimonio conjunto, es decir, los cónyuges no son dueños de la mitad de los bienes

Por todo ello, ninguno de los cónyuges debería tributar en su IRPF por la aportación de bienes a la sociedad de gananciales. Comparto la opinión de Sancinena Asurmendi⁽¹⁹⁾, quien estima que: *«dentro del marco de la legalidad vigente, podría defenderse que la aportación del bien privativo a la sociedad de gananciales no tributase como ganancia o pérdida en el IRPF, pues no constituye una verdadera transmisión, no se materializa hasta la disolución de la sociedad y la especificación de las cuotas, momento en el que surge el derecho de reembolso y se adjudica el bien a uno de los cónyuges. Adjudicación que ya sea al cónyuge aportante o al consorte no se sujeta al IRPF. Se podría aquí extender la argumentación del IIMVTNU, considerar que la aportación no es una transmisión patrimonial (sino un mero desplazamiento) sin alteración de la composición del patrimonio, y diferir la tributación por ganancias o pérdidas a la enajenación de un bien a un tercero, tomando como valor de adquisición el originario del cónyuge aportante»*.

En cuanto al caso de aportaciones gratuitas, la ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas, no contiene ninguna regla para determinar el importe de la presunta ganancia o pérdida, como mucho podría encajarse en las previsiones del artículo 36 referido a las transmisiones a título lucrativo, que se remite a las normas del Impuesto de Sucesiones y Donaciones para su valoración, totalmente impropias para un acto que no constituye una donación entre cónyuges.

La DGT en la resolución CV3496-20, de 2/12/2020⁽²⁰⁾, tras declarar que la sociedad de gananciales supone un patrimonio separado, estima que una transmisión de bienes que forman parte de ese patrimonio consorcial, y tras su transmisión siguen formando parte del mismo, no supone una alteración patrimonial y no tiene ninguna incidencia en la base imponible del IRPF. En esta consulta, se trata de una transmisión de participaciones sociales de carácter consorcial, de un cónyuge a otro, de modo que este adquiere la titularidad de las participaciones, pero la propiedad sigue estando compartida dentro de la sociedad de gananciales.

En contra de este criterio, se ha pronunciado el Tribunal Económico-Administrativo Central en la Resolución de 23 de enero de 2024⁽²¹⁾, en la

comunes sino que ambos son titulares conjuntamente del patrimonio ganancial. Por tanto, se anula el acto impugnado ya que al no existir alteración patrimonial no puede dar lugar a la ganancia patrimonial regularizada». En similar sentido se han pronunciado TEAR de Galicia en resoluciones de 2 de marzo de 2023 (RG 36-01395-2020) y de 10 de marzo de 2023 (15-01063-2022).

(19) SANCINENA ASURMENDI, C., «La sociedad de gananciales y su proyección fiscal», en *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal*, Durán Rivacoba (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 57-58.

(20) Ver RDGT en respuesta a CV3496-20, de 2 de diciembre de 2020.

(21) TEACentral resolución de 23 de enero de 2024. Este criterio ha sido seguido en la Resolución de la DGT a la CV0483-24.



que se acuerda unificar el criterio en el siguiente sentido: *«La aportación realizada por uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales de un bien privativo que, a efectos del IRPF, se considera tras dicha aportación de titularidad de ambos cónyuges por mitad, supone para el aportante una alteración en la composición de su patrimonio capaz de generar una ganancia o pérdida patrimonial en el IRPF de acuerdo con lo establecido en el artículo 33.1 de la LIRPF, que se determinará, en virtud del artículo 34 de la LIRPF, por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de la mitad del bien aportado, valores que vienen definidos en los artículos 35 y 36 de la LIRPF para las transmisiones onerosas y lucrativas respectivamente».*

Esta resolución del Tribunal Económico Administrativo Central a mi entender contradice plenamente la STS de 3 de marzo de 2021 en la que claramente se indica que cuando se realiza una aportación a la sociedad de gananciales los cónyuges no son dueños de la mitad de dichos elementos patrimoniales, sino que ambos conjuntamente son titulares del patrimonio ganancial. Existe un patrimonio ganancial de titularidad compartida, que carece de personalidad jurídica, sin que se produzca una alteración patrimonial susceptible de convertirse en hecho imponible del impuesto.

Ante esta unificación de criterio elaborada por el TEAC en contra de lo sostenido por la STS de 3 de marzo de 2021, y a fin de evitar interpretaciones polémicas, sería necesario proceder a la reforma del artículo 33 de la LIRPF en el sentido de incluir en el artículo 33.2 la siguiente redacción: *«Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio. 1. En los supuestos de división de la cosa común. 2. En la aportación de bienes a la sociedad de gananciales, en la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación. 3. En la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros».*

El tercer problema afecta a la plusvalía municipal. ¿Qué repercusiones fiscales tiene la aportación de la vivienda familiar a la sociedad de gananciales en la plusvalía municipal– IIMVTNU?

Según establece el artículo 104.3 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, no se producirá la sujeción a dicho impuesto en los supuestos de aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal⁽²²⁾. Esto significa que se reconoce la inexistencia de transmisión⁽²³⁾.

(22) Ver RDGT en respuesta a las consultas vinculantes de 19 de Julio 2016 (CV3410-16) y 30 de septiembre 2020 (CV2935-20).

(23) En la anterior Ley 39/1988 de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, las aportaciones a la sociedad de gananciales estaban sujetas, pero exentas del impuesto tal como dispón el artículo 106.1 a).

Como conclusión puede afirmarse que las aportaciones de bienes privados, incluida la vivienda familiar, a la sociedad de gananciales no tributan ni por el Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, ni por el Impuesto sobre donaciones, ni tampoco en la plusvalía municipal, ni en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas si no existe alteración patrimonial.

2. FISCALIDAD DERIVADA DE LA ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA EN LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

Al liquidarse el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales la adjudicación de la vivienda familiar/ habitual tiene repercusiones fiscales en varios impuestos (ITPOYAJD; IRPF; IMVTNU) dependiendo de la forma en que se realice.

2.1 Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados

1) En aquellos supuestos en que se realiza la adjudicación de la vivienda familiar sin que se produzca un exceso de adjudicación, se encuentra exento de ITPO, al aplicarse el artículo 45. I.b.3 RDL 1/1993⁽²⁴⁾ que dispone: *«Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales»*.

Sin embargo, si se atribuye a un cónyuge el único bien ganancial o todos, compensando al otro en dinero extraganancial, el exceso de lo adjudicado⁽²⁵⁾ respecto a su cuota (o sea, el 50 % de exceso) está sujeto a

(24) La sentencia de la Sala 3.^a, sección 2.^a del TS de 30 de abril de 2010, ha establecido la siguiente doctrina: «En el supuesto de las adjudicaciones y transmisiones originadas por la disolución del matrimonio, y previsto en el artículo 45.I.B) 3 del R.D. Legislativo 1/1993, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la exención de tributos únicamente es aplicable a las disoluciones en que haya efectiva comunidad de bienes (sociedad conyugal); por tanto esta exención no es aplicable a los supuestos en que rija un régimen económico matrimonial de separación de bienes».

(25) EXPÓSITO CORRAL, A. A., «Los excesos de adjudicación consecuencias fiscales. Especial referencia a los producidos como resultado de la disolución de la sociedad de gananciales», *Quincena*

ITPO, salvo que se realice en consideración a la invisibilidad física o jurídica del bien. En este sentido se ha pronunciado la RDGT 18/06/2013, núm. CV2045-13⁽²⁶⁾ en un supuesto de adjudicación de la totalidad de los 3 bienes inmuebles, tres vehículos y un tractor al esposo compensando este a la esposa del exceso de adjudicación.

A su vez, el artículo 32.3 del RITPAJD⁽²⁷⁾ establece: «*Tampoco motivarán liquidación por la modalidad de ‘transmisiones patrimoniales onerosas’ los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio*».

Otro supuesto en que no se produce liquidación por el ITPO tiene lugar si el exceso de adjudicación declarado resulta de las adjudicaciones que son efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando se producen por la necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio.

Esta regulación plantea problemas referidos a la consideración como un solo bien indivisible solo la vivienda habitual o la vivienda habitual y sus plazas de garaje y trastero.

Antes de la supresión del artículo 55.2 del RIRP producida el 31 de diciembre de 2012, este precepto disponía que se asimilaban a viviendas las plazas de garaje adquiridas con estas, con un máximo de dos y los trasteros, siendo ésta última expresión, una excepción a la norma general.

Criterio que ha seguido manteniendo la Dirección General de Tributos en Consulta vinculante V0830-16 de 2 de marzo de 2016⁽²⁸⁾, si bien matizando que *para que se produzca tal asimilación es necesario que las plazas de garaje y los trasteros se encuentren en el mismo edificio o complejo inmobiliario de la vivienda y que la adquisición, tanto de la vivienda como de las plazas de garaje y trasteros, se hubiera producido en el mismo acto, aunque podía ser en documento distinto, entregándose todas en el mismo momento. No podrá tener uso distinto al privativo del propio adquirente, en caso alguno.*

Fiscal, 4, 2009, pp. 13-35; GARCIA DE PABLOS, J. F., «La exención de las adjudicaciones de bienes gananciales en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010», *Quincena Fiscal* 19, 2010, pp. 109-122.

(26) RDGT a CV 2045-13 de 18 de junio de 2013.

(27) Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

(28) RDGT a CV0830-16 de 2 de marzo de 2016.

De ahí que en la Consulta vinculante V 1392-23 de 25 de mayo 2023⁽²⁹⁾ la Dirección General de Tributos, estima que existe exceso de adjudicación en un divorcio notarial en el que se liquida la sociedad de gananciales, y como consecuencia de dicha liquidación se adjudica a un cónyuge la totalidad de la vivienda con plaza de garaje aneja y una segunda plaza de garaje, todas ellas ubicadas en el mismo edificio, pero que no constituyen una única unidad a efectos registrales, pues estima que son fincas independientes y divisibles que podrían haber sido incluidas en dos lotes lo más equilibrado posibles. Matiza la Dirección General de Tributos que *«la exención expuesta solo resulta aplicable a las adjudicaciones de bienes y derechos referentes a la disolución de la sociedad de gananciales, pero no se extiende a los excesos de adjudicación sujetos al impuesto, que deberán tributar sin exención ni beneficio fiscal alguno»*.

El Tribunal Supremo en sentencia de la sala 3.º de 09/07/2019⁽³⁰⁾, considera un solo bien indivisible la vivienda y sus plazas de garaje y trasteros en el mismo edificio⁽³¹⁾.

2) En los supuestos en que se produce el exceso de adjudicación, al liquidar la sociedad de gananciales derivado de la adjudicación de la vivienda familiar en su totalidad a uno de los cónyuges que se paga con bienes privativos del adjudicatario, la Dirección General de Tributos en la

(29) RDGT en respuesta a consulta vinculante CV 1392-23 de 25 de mayo 2023 dispone: «Primera: En el supuesto planteado, se trata de una única comunidad de bienes, la sociedad de gananciales, cuya disolución deberá tributar en el ITPAJD por actos jurídicos documentados, aunque resultará exenta en función del artículo 45. I. B) 3 del TRLITPAJD. Si los tres inmuebles constituyesen una unidad a efectos registrales, ya sea por constituir dichos bienes una única finca registral, vivienda con un anexo inseparable, o porque siendo fincas independientes estuvieran vinculadas registralmente en cuanto a su transmisibilidad (vinculación ob rem), se consideraría que son indivisibles o desmerecen mucho con su división y no se darían excesos de adjudicación, por lo que no tributarían por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas. En caso de no ser así, el exceso de adjudicación sería evidente, ya que se podrían haber hecho dos lotes lo más equilibrados posibles y dicho exceso tributaría por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Cabe destacar que la exención expuesta solo resulta aplicable a las adjudicaciones de bienes y derechos referentes a la disolución de la sociedad de gananciales, pero no se extiende a los excesos de adjudicación sujetos al impuesto, que deberán tributar sin exención ni beneficio fiscal alguno».

(30) STS,3.ª, 09/07/2019. Ponente: Nicolás Antonio Maurandi Guillén. Núm. resolución 1013/2019. Roj: STS 2490/2019 – ECLI: ES: TS:2019:2490.

(31) Uno de los problemas que se viene planteando es si se considera la vivienda habitual únicamente la vivienda o el concepto abarca la vivienda y dos plazas de aparcamiento. La Dirección General de Tributos considera que para que se asimilen a vivienda habitual es necesario que las plazas de garaje se encuentren en el mismo edificio o complejo inmobiliario de la vivienda y que la adquisición, tanto de la vivienda como de las plazas de garaje, se hubiera producido en el mismo acto, aunque podía ser en documento distinto, entregándose todas en el mismo momento (RDGT CV V1316-15, de 29 abril 2015 [JUR 2015, 189715]). Las plazas adquiridas en fecha posterior no adquieren la condición de vivienda habitual (RDGT CV2622-15, de 8 septiembre 2015 [JUR 2015, 272225]). De ahí que haya entendido aplicable la exención de las ganancias de patrimonio realizadas por la venta de la vivienda habitual por mayores de 65 años a la venta de una plaza de garaje (RDGT de 23 de octubre de 2019, CV2922-19 [JUR 2019, 317298]).

consulta núm. V0717-18 de 16/03/2018⁽³²⁾, indica que se tributa por ITPO como dación en pago de la deuda nacida del defecto de adjudicación ganancial (art 7.2.a. RDL 1/1993).

Si las adjudicaciones se producen en convenio regulador homologado por sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio, ninguna tributación procede por la modalidad de actos jurídicos documentados, al no ser documento notarial.

Por el contrario, si las adjudicaciones se efectúan en documento notarial estimo que la exención del artículo 45.1. B).3 del TR debe aplicarse a la cuota gradual de AJD en aquellos casos en los que la liquidación se documente en escritura pública y se refiera a bienes inscribibles, puesto que si está declarando la exención de las transmisiones derivadas de las adjudicaciones consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal (y, por tanto, de la modalidad de TPO), es porque está presuponiendo la sujeción a dicha modalidad, lo que excluirá la incidencia en la cuota gradual de AJD según dispone el inciso final del artículo 31.2 del TR.

Los derechos de reembolso a favor de la sociedad conyugal o de uno de los cónyuges y las adjudicaciones en pago de los mismos (arts. 1397, 1398 y 1404 CC) no constituyen hechos imponibles autónomos ni en el ITPO-YAJD ni en el ISD.

2.2 Plusvalía municipal: no sujeción

Según dispone el artículo 104.3 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, no se producirá la sujeción a dicho impuesto en los supuestos de adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes.

Esto significa que en la futura transmisión de bienes inmuebles urbanos, el *dies a quo* del periodo de generación del incremento de valor será

(32) RDGT a CV 0717-18 de 16/03/2018 « [...] Respecto al exceso de adjudicación que se produzca, este constituye una transmisión patrimonial que tendrá carácter oneroso en tanto en cuanto sea objeto de compensación por parte del cónyuge que recibe el exceso al que recibe de menos, salvo que se origine por la adjudicación a uno de los cónyuges de un inmueble indivisible, o sea consecuencia necesaria de la adjudicación de la vivienda habitual del matrimonio. En el caso planteado el exceso producido no puede considerarse consecuencia necesaria de la disolución de la sociedad de gananciales, por cuanto se produce por la adjudicación a un cónyuge de un bien que no tiene carácter ganancial. Y tampoco puede considerarse que tenga carácter inevitable al estar formada la sociedad de gananciales por una serie de bienes que permitirían la formación de lotes distintos, que evitasen o, en su caso, minorasen el exceso producido. En consecuencia al exceso deberá tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas en aplicación del artículo 7.2.b) del Texto Refundido del Impuesto, sin que en este supuesto resulte de aplicación la exención contemplada en el artículo 45. I. B.3 del Texto Refundido».

el de la fecha de adquisición y el día final, el de la siguiente transmisión, no configurándose la aportación a la sociedad de gananciales, ni la adjudicación a su disolución hechos imponible del IIVTNU.

No obstante lo anterior, la Dirección General de Tributos en la resolución que resuelve la consulta vinculante V-1392-23 de 25 de mayo 2023⁽³³⁾ en un supuesto de adjudicación a un ex cónyuge de la totalidad de una vivienda con un garaje anejo y el otro garaje sito en el mismo edificio pero finca registral independiente ha estimado que se le adjudican bienes inmuebles de una cuantía mayor al porcentaje de participación que poseía antes de la disolución, pues aunque la vivienda lleva como anejos inseparables una plaza de garaje y un trastero, la segunda plaza de garaje sí que es susceptible de división, por lo que existe un exceso de adjudicación a favor del mismo, ya que la extinción de la comunidad de bienes se podría haber realizado de una manera más equitativa, haciendo dos lotes lo más equivalente posibles al porcentaje de participación de cada comunero. Esta parte, la de la segunda plaza de garaje, estaría sujeta al IIVTNU.

2.3 Impuesto sobre la renta de personas físicas

A) No se produce una alteración patrimonial con la disolución y liquidación de la Sociedad de Gananciales, siempre que los valores de adjudicación de los bienes que integran el haber ganancial se correspondan con su respectivo valor de mercado y que los valores de las adjudicaciones efectuadas sean equivalentes, conservando los bienes adjudicados los valores y fechas de adquisición originarios. artículo 33.2 LIRPF.

(33) RDGT en respuesta a consulta V-1392-23 de 25 de mayo 2023 ha sostenido: «Segunda: Respecto al IIVTNU se trata de una única comunidad de bienes, que está integrada por dos o más bienes inmuebles urbanos, y aunque cada uno de los bienes individualmente considerados puedan ser calificados como indivisibles, el conjunto de todos sí puede ser susceptible de división, por lo que, el reparto o adjudicación de los bienes entre los comuneros se debe hacer mediante la formación de lotes lo más equivalentes posibles en función a la cuota de participación de cada comunero en la comunidad de bienes, evitando los excesos de adjudicación, para que no exista una transmisión de la propiedad entre los comuneros, ni civil ni fiscalmente, sino para que se trate de una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente que ya ostentaba cada uno de los comuneros. En este caso al consultante se le adjudican bienes inmuebles de una cuantía mayor al porcentaje de participación que poseía antes de la disolución, debido a que en el escrito se indica que la vivienda lleva como anejos inseparables una plaza de garaje y un trastero, pero la segunda plaza de garaje sí que es susceptible de división, por lo que existe un exceso de adjudicación a favor del mismo, ya que la extinción de la comunidad de bienes se podría haber realizado de una manera más equitativa, haciendo dos lotes lo más equivalente posibles al porcentaje de participación de cada comunero. En consecuencia, hay una parte de la transmisión del comunero no adjudicatario (la ex cónyuge del consultante), es decir, la parte de los bienes inmuebles urbanos que se adjudican al consultante que motivan que reciba este un importe superior a su participación previa a la disolución de la comunidad de bienes (la segunda plaza de garaje), que estará sujeta al IIVTNU».

B) Si existe alteración patrimonial, si se atribuyese a uno de los cónyuges bienes o derechos por mayor valor que el correspondiente a su cuota de titularidad, generándose una ganancia o pérdida patrimonial, y una actualización de valores y fechas de adquisición. RDGT 19/04/2013 (núm. CV1351-13)⁽³⁴⁾; RDGT 08/02/2016 (CV0497-16)⁽³⁵⁾.

Si el ex cónyuge posteriormente vende la vivienda que se le adjudicó en la liquidación de los gananciales, aflora incremento de patrimonio en el IRPF del vendedor: el valor de adquisición es el originario siempre que en la liquidación de gananciales no hubiera incremento, o sea que se le hubiese adjudicado la vivienda conforme a su participación en el patrimonio ganancial tal como ha estimado la RDGT 05/05/2015, núm. CV1391-15⁽³⁶⁾.

Comparto la opinión de Sancinena Asurmendi⁽³⁷⁾ de considerar a efectos fiscales la no actualización del valor de los bienes o derechos recibidos por el cónyuge en la adjudicación de la sociedad de gananciales, difiriéndose a la futura enajenación del bien, tal como hace el IIVTNU en la disolución de la sociedad de gananciales.

(34) RDGT 19/04/2013 (núm. CV1351-13) resuelve el siguiente supuesto: «Disolución de gananciales de mutuo acuerdo, pasando a regirse el matrimonio por el régimen de separación de bienes. El haber ganancial está compuesto por inmuebles urbanos y rústicos valorados en 123.455,39€ y por cuentas corrientes, vehículos y ajuar doméstico por valor de 58.000€. A la esposa se le adjudicarán todos los inmuebles urbanos y rústicos y al esposo el resto del haber ganancial». En el presente caso existe una alteración patrimonial pues a la esposa se le adjudica más del 50% y al esposo menos y por consiguiente tributará en el IRPF.

(35) RDGT 08/02/2016 (CV0497-16) resuelve un supuesto de una liquidación de gananciales realizada como consecuencia del divorcio y la adjudicación del haber ganancial produce una alteración patrimonial susceptible de tributar en el IRPF.

(36) RDGT 05/05/2015, núm. CV1391-15 resuelve el siguiente supuesto: *«La ex esposa es propietaria de la vivienda donde reside habitualmente con sus hijos, que había sido adquirida en el año 1996 junto con su cónyuge, con quien estaba casada en régimen de gananciales. En julio de 2007 se liquidó la sociedad de gananciales con motivo de su divorcio y se repartió el haber ganancial al 50 por ciento, adjudicándose a la consultante la vivienda y el importe del préstamo pendiente de amortizar, y al cónyuge otros bienes. Por motivos personales ha decidido poner en venta la vivienda en el año 2015. Aunque no lo tiene suficientemente claro, cabe la posibilidad de adquirir con el precio obtenido en la venta, una nueva vivienda habitual. En este caso la venta de la misma producirá una alteración patrimonial en el IRPF que será la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión. El valor de adquisición de la vivienda será la suma del importe real satisfecho por la adquisición de la vivienda en el año 1996, de las inversiones y mejoras en su caso efectuadas y de los gastos (notaría, registro, etc.) y tributos inherentes a la adquisición que hubieran sido satisfechos por el adquirente. El valor de transmisión será el importe real por el que se efectúe la enajenación siempre que no que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste, del que se deducirán los gastos y tributos inherentes a la transmisión que hubieran sido satisfechos por el transmitente, entre los que se encontrarían los gastos de notaría y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a que hace referencia en su escrito. El importe de la ganancia o pérdida patrimonial se integrará en la base imponible del ahorro, en la forma prevista en el artículo 49 de la LIRPF».*

(37) SANCINENA ASURMENDI, C., «La sociedad de gananciales y su proyección fiscal», en *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal*, Durán Rivacoba (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 65-66.

3. CONCLUSIÓN

Respecto a las aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales puede concluirse que:

a) La aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales de forma onerosa está sujeta a ITPO (art. 7.1 TRLITPAJD, pero EXENTA (art. 45.1B).

b) Si la aportación se realiza a título gratuito tampoco está sujeto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, ni al impuesto sobre sucesiones y donaciones por cuanto: 1) el sujeto pasivo es exclusivamente una persona física y la SG no es persona física 2) no constituye una donación al otro cónyuge, la donataria es la SG, tal como lo ha establecido la STS 3 de marzo 2021 núm. 295/2021.

c) En relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la Dirección General de Tributos se está produciendo un cambio de criterio a raíz de la unificación de criterio establecido en la Resolución del Tribunal económico administrativo central de 23 de enero de 2024, que estima que si existe alteración patrimonial que constituye hecho imponible del IRPF. Este cambio de criterio en mi opinión es contrario a lo establecido en la STS de 3 de marzo de 2021 generando una falta de seguridad jurídica que exige una reforma del artículo 33.2 de la Ley del IRPF a fin de que se incluya *«Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio 2. En la aportación de bienes a la sociedad de gananciales [...]»*.

d) La aportación de bienes a la sociedad de gananciales no tributa en el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, al no producirse una alteración patrimonial, y por ello el artículo 104.3 de la LRHL expresamente dispone que no se produce la sujeción al impuesto al no existir transmisión patrimonial.

Una vez realizada la aportación de la vivienda familiar/habitual a la sociedad de gananciales mientras esta se encuentra vigente, la misma adquiere naturaleza ganancial en su totalidad.

En el momento en que se procede a la liquidación de la sociedad de gananciales ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

a) Las adjudicaciones de bienes incluida la vivienda familiar, a su favor y en pago del haber ganancial si se realizan sin excesos de adjudicación se encuentran exentas del ITPO (Art. 451 b.3 del RDL1/1993).

b) Si las adjudicaciones se realizan en un convenio regulador homologado judicialmente ninguna tributación procede por AJD, al no ser un documento notarial.



c) Si las adjudicaciones se realizan en documento notarial la exención del artículo 45.1. B)3 del TR debe aplicarse a la cuota gradual del AJD. Art.31.2 del TR.

d) Si se producen excesos de adjudicación que se abonan con bienes privativos, la DGT estima que tributan como dación en pago de la deuda nacida del defecto de adjudicación ganancial (Art. 7.2.a RDL 1/1993).

e) Los derechos de reembolso a favor de la SG o de uno de los cónyuges y las adjudicaciones en pago de los mismos no constituyen hechos imponibleables autónomos ni en el ITPAOYAJD ni en el ISD.

f) Las adjudicaciones de bienes a su favor y en pago de haber ganancial están no sujetos al IIVTNU según artículo 104.3 LRHL.

g) No debería producirse tributación en el IRPF si no existe alteración patrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MENÉNDEZ, E., «La sociedad de gananciales y el impuesto sobre sucesiones y donaciones. ¿Sujeto de la relación jurídico-tributaria?», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 197, 2023, pp. 33-72.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 2020, pp. 3045-3099.
- EXPÓSITO CORRAL, A. A., «Los excesos de adjudicación consecuencias fiscales. Especial referencia a los producidos como resultado de la disolución de la sociedad de gananciales», *Quincena Fiscal*, 4, 2009, pp. 13-35.
- GALLARDO RODRIGUEZ, A., «La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso». *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 37, 2023, pp. 3-27.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F., «La exención de las adjudicaciones de bienes gananciales en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010», *Quincena Fiscal* 19, 2010, pp. 109-122.
- MARIÑO PARDO, F. M., «Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 71, 2016, pp. 81-107.
- MEDRANO ARANGUREN, A., «Aspectos civiles y fiscales de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 249, 2021.
- NIETO ALONSO, A., «La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el Régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del código civil», *Revista de Derecho civil*, vol. VIII, núm. 2 (abril-junio 2021) Estudios, pp. 39-91.



- POVEDA BERNAL, M. I., «Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 640, 1997, pp. 799-888.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., y GARCÍA DE ARriba MARCOS, R., «La *causa matrimonii* en el negocio de atribución de bienes en favor de la sociedad de gananciales», *La Ley* 2006, núm. 6582.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., «La sociedad de gananciales y su proyección fiscal», en *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal*, Durán Rivacoba (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 43-71.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., y GAGO SIMARRO, C., «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales», *ADC*, Tomo LXXV, fasc. IV (octubre-diciembre), 2022, pp. 1451-1522.

E. EFECTOS FISCALES DERIVADOS DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

E.2 Efectos fiscales derivados de la adjudicación de la vivienda habitual/ familiar en la liquidación del régimen de separación de bienes. Extinción de condominio⁽¹⁾

Carmen López-Rendo Rodríguez

Profesora Titular de Universidad

Universidad de Oviedo

<https://orcid.org/0000-0003-3407-2363>

clrendo@uniovi.es

Resumen: *En el presente capítulo se analizan los efectos fiscales derivados de la adjudicación a la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, extinción de condominio en los principales impuestos: ITPO, AJD, IIVTNU e IRPF.*

(1) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00) cuya investigadora principal es Matilde Cuenca Casas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.



Palabras clave: *Adjudicación vivienda familiar, separación de bienes, extinción de condominio, ITPO, AJD, IIVTNU, IRPF.*

Abstract: *In this chapter, the fiscal effects derived from the award to the liquidation of the marital economic regime of separation of assets, extinction of condominium in the main taxes are analyzed: ITPO, AJD, IIVTNU and IRPF.*

Keywords: *Adjudication of family housing, separation of assets, termination of condominium, ITPO, AJD, IIVTNU, IRPF.*

Sumario: 1. Fiscalidad de la extinción de condominio de un único bien: vivienda habitual. 1.1 Adjudicación de la totalidad de la vivienda habitual a un cónyuge gratuitamente, sin compensación económica realizada en un convenio regulador homologado por sentencia judicial de divorcio. 1.1.1 Impuesto de sucesiones y donaciones (ISD). 1.1.2 Actos Jurídicos Documentados (AJD). 1.2 Adjudicación de la totalidad de la vivienda habitual a uno solo de los cónyuges con compensación. 1.2.1 Compensación en metálico. 1.2.2 Compensación en otros bienes. 1.2.3 Con compensación mediante asunción del pago del préstamo hipotecario, liberando al otro condómino. 2. Fiscalidad de extinción de condominio sobre varios bienes con diferentes orígenes. 3. Fiscalidad de extinción de condominio sobre varios bienes con un mismo origen. 4. Excesos de adjudicación en el IRPF. Bibliografía.

1. FISCALIDAD DE LA EXTINCIÓN DE CONDOMINIO DE UN ÚNICO BIEN: VIVIENDA HABITUAL

En este apartado se analizarán varios supuestos que con frecuencia se producen en los casos de extinción del régimen de separación de bienes.

La extinción del condominio⁽²⁾ presenta la problemática fiscal de los excesos de adjudicación, que pueden ser evitables o inevitables al ser indivisibles o desmereciendo mucho con la división y motivados por su no compensación o por su compensación en metálico en especie (bienes).

Deberá tenerse presente que la exención del artículo 45. I. B) del TRIT-POYAJD no se aplica al régimen económico de separación de bienes, tal como lo ha declarado la STS, Sala 3.^a, sección 2.^a de 30 de abril de 2010⁽³⁾.

(2) GUERRA REGUERA, M., *Consecuencias Fiscales de la Extinción de una Comunidad de Bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, Orón Moratal, G, «La extinción de condominio y sus efectos fiscales», *Quincena Fiscal*, 10, 2023.

(3) Ver CALVO VÉRGEZ, J, «Fiscalidad de las operaciones de disolución y liquidación de los regímenes económicos matrimoniales: en torno a la STS de 30 de abril de 2010», *Diario La Ley*,

1.1 Adjudicación de la totalidad de la vivienda habitual a un cónyuge gratuitamente, sin compensación económica realizada en un convenio regulador homologado por sentencia judicial de divorcio

Doña Ana y Don Juan tienen un patrimonio en común compuesto únicamente por su vivienda habitual que les pertenece al 50 % proindiviso. Deciden disolver su matrimonio y en el convenio regulador acuerdan liquidar el régimen económico matrimonial de separación de bienes y adjudicar al 100 % la propiedad de la vivienda habitual a Doña Ana, sin compensación a Don Juan.

¿Qué repercusiones fiscales tiene este acuerdo?. Para contestar a esta pregunta deben examinarse los impuestos que se detallan a continuación.

1.1.1 Impuesto de sucesiones y donaciones (ISD)

El artículo 3.1.b) LISD dispone que constituye el hecho imponible: «*b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título, “intervivos”*».

A raíz de la STS, S.3.^a, sección 2.^a de 12 de julio 2022 núm. 963/2022. Ponente: Navarro Sanchís, el exceso de adjudicación que tiene lugar con la atribución a uno de los ex cónyuges la vivienda habitual no está sujeta al impuesto sobre donaciones⁽⁴⁾. Sus argumentos jurídicos se sintetizan en los siguientes:

A) Inexistencia de *animus donandi*, elemento esencial para que exista una donación.

núm. 7595, La Ley, 2011. De Castro esteller, V, «Tratamiento fiscal diferenciado en la liquidación de regímenes económico matrimoniales», *InDret*, 3/ 2011, pp. 1-14.

(4) Antes de esta STS, S.3.^a, sección 2.^a de 12 de julio 2022 núm. 963/2022, STS 3083/2022 – ECLI: ES: TS: 2022:083, el criterio era el contrario: Se estimaba sujeto al impuesto sobre Donaciones, siendo el sujeto pasivo el adjudicatario que recibe mayor porción, esto es el 100 %, y la base imponible el valor del exceso. Si concurren las circunstancias del Artículo 20. 6.º Y 7.º LISD se aplicaba la reducción establecida en el citado precepto. Así lo afirmó la DGT en consulta de 21/09/2.007. Este criterio se refleja en la Consulta V1028-06 de 01/06/2006 en la disolución de la comunidad de bienes en cuestión se producen excesos de adjudicación, éstos deberán tributar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o según las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en función de su carácter lucrativo u oneroso, que vendrá determinado por la existencia o no de compensación económica.»; igualmente por la Resolución del TEAC de 17 de septiembre de 2015, núm. 03910/2015/00/00, al declarar que «*si el exceso se produce a título gratuito, sin compensación alguna, el hecho imponible realizado quedaría sujeto al impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. La consulta de la DGT V0143-2022, consideraba donación al exceso de adjudicación resultante de la aplicación de los valores de referencia, sin norma alguna que lo amparase. Criterio que no puede seguir manteniéndose a la luz de la STS núm. 963/2022 de 12 de julio 2022.

Si la adjudicación de la totalidad de la vivienda familiar se realiza en convenio regulador, aun cuando pudiera constituir un exceso de adjudicación a favor del comunero a quien se le adjudica el 100 %, no puede considerarse una donación a los efectos del artículo 615 del Código Civil, pues no existe el ánimo de liberalidad por parte del donante. La ausencia de contraprestación ha sido determinada por la voluntad de las partes intervinientes que, en el marco de las negociaciones de un convenio regulador de la separación, nulidad o divorcio, deciden de mutuo acuerdo la adjudicación de la vivienda habitual a favor de uno de los cónyuges.

B) Ausencia de escritura pública. Al realizarse la adjudicación del 100 % inmueble a uno de los ex cónyuges, el exceso de adjudicación gratuito estaría contenido en una sentencia de separación, nulidad o divorcio, lo que determina que el negocio jurídico realizado sería nulo puesto que las donaciones de inmuebles deben constar en escritura pública, tal como dispone el artículo 633 del CC, siendo un requisito de forma *ad solemnitatem*.

C) Regulación específica. Con carácter general, los excesos de adjudicación declarados provengan de una disolución matrimonial o de cualquier otra causa de división de la cosa común, están regulados en la Ley del Impuesto sobre transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en concreto en el artículo 7.2 B, con exclusión del ámbito objetivo del ISD.

D) Caso de no sujeción. En el presente caso, se aplica el artículo 32.3 del RTPOYAJD, que dispone la no sujeción al TPO de los excesos declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución matrimonial cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno solo de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio.

En consecuencia, desde la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 3.^a de 12 de julio de 2022, Doña Ana no tributaría por el Impuesto de sucesiones y donaciones.

1.1.2 *Actos Jurídicos Documentados (AJD).*

¿Abonarí Doña Ana el impuesto de actos jurídicos documentados? No procede sujeción por AJD, al haberse realizado la liquidación del régimen de separación de bienes y adjudicación en convenio regulador homologado por sentencia judicial, que no son documentos notariales y por consiguiente no está sujeto a AJD.



1.2 Adjudicación de la totalidad de la vivienda habitual a uno solo de los cónyuges con compensación⁽⁵⁾

Se genera un exceso de adjudicación derivado de disoluciones matrimoniales o de cambio de régimen económico matrimonial, cuya fiscalidad varía según se abone en metálico, mediante la adjudicación de la totalidad del préstamo hipotecario o con bienes privativos.

1.2.1 *Compensación en metálico*

Don Juan y Doña Ana al disolver su matrimonio acuerdan en el convenio regulador de su divorcio adjudicar el 100 % de la vivienda habitual copropiedad de ambos al 50 % a la esposa con la obligación de esta de compensar al Sr. Juan en metálico en la cantidad que corresponde a su cuota de participación en la misma. Para determinar las repercusiones fiscales que tiene este pacto, es preciso analizar los impuestos que se detallan a continuación.

1. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas (en adelante ITPO).

El artículo 32.3 del Reglamento de ITPO y AJD⁽⁶⁾ declara no sujetas al ITPO los excesos de adjudicación declarados derivados de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico matrimonial (todos), consecuencia directa de la adjudicación a uno de ellos de la vivienda habitual del matrimonio.

Para que se produzca la no sujeción al ITPO es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

A) La causa del exceso de adjudicación declarado debe ser onerosa, de forma que el comunero que se queda con la totalidad del bien compense al otro en metálico o en especie, puesto que si no existe compensación

(5) SERRANO DE NICOLÁS, A., «Fiscalidad del condominio desde una óptica de las categorías del Derecho Civil», *Revista Catalana de Dret privat (Societat Catalana d'Estudis Jurídics)*, vol. 21 2019, p. 233.

(6) Artículo 32.3 RITPAJD aprobado por Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo: «*Tampoco motivarán liquidación por la modalidad de "transmisiones patrimoniales onerosas" los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio.*»

el hecho imponible queda sujeto al Impuesto de Donaciones. La obligación de compensar al otro en metálico técnicamente no es un exceso de adjudicación, sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común.

B) Se trate de excesos de adjudicación «declarados» por los propios sujetos pasivos, no procediendo en caso de excesos de adjudicación comprobados por la administración.

C) Que deriven de adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico matrimonial, consecuencia directa de la adjudicación de la vivienda habitual a uno de los cónyuges⁽⁷⁾.

El Tribunal Supremo, entre otras, en STS 28 de junio 1999 reiterada en la STS, s.3.^a de 5/12/2023⁽⁸⁾, estima que no hay transmisión gravable en el impuesto de transmisiones patrimoniales (ITP) por el hecho de que uno de los copropietarios se adjudique la totalidad del inmueble, compensando al resto en metálico. La justificación radica en que *la división y adjudicación de la cosa común son actos internos de la comunidad de bienes en las que no hay traslación del dominio, de modo que, en consecuencia, por primera transmisión solo puede entenderse la que tiene como destinatario un tercero.* [...] Se trata de una especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. Esta obligación de compensar al otro o a los demás en metálico no es un exceso de adjudicación, sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común[...].

2. Actos Jurídicos Documentados (en adelante AJD).

En cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados, como afirmó la DGT en Consulta de 4 de abril de 2005, y STS Sala 3.^a, sección 2.^a del TS de 30 de abril de 2010 estará exento solo si lo disuelto es la sociedad de

(7) Si la compensación es en metálico y no deriva de disoluciones de matrimonio, esto es, si derivan de disoluciones de condominio voluntarias ordinarias en las que uno de los comuneros se adjudica el pleno dominio de una finca indivisible o que desmerezca mucho por su división, abonando la parte que le correspondía a los demás en metálico, tal «exceso de adjudicación» no está sujeto a Transmisiones Patrimoniales Onerosa por aplicación del art.7.2.b) TRLITP. El criterio que determina la no sujeción de los excesos en las comunidades ordinarias está contenido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1998, y 28 de junio de 1999, en las que declaró que la división y adjudicación de la cosa común son actos internos de la comunidad de bienes en los que no hay traslación del dominio sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente y por tanto no es una operación susceptible de realizar el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a tenor de lo establecido en el art. 7º.1.A del Texto Refundido.

(8) STS, s. 3.^a, DE 05/12/2023, núm 1634/2023. Ponente: Isaac Merino Jara. Id Cendoj: 28079130022023100372. Roj: STS 5535/2023 – ECLI: ES: TS:2023:5535.

gananciales, no cualquier otro régimen económico matrimonial, por disponerlo el artículo 45. I. B).3 del Texto Refundido)⁽⁹⁾.

Por ello, el adjudicatario del inmueble tributará por la cuota fija y gradual del AJD si la disolución del condominio se produjo en documento notarial⁽¹⁰⁾. Si la extinción del condominio se realizó ante el Juez o secretario judicial mediante convenio regulador⁽¹¹⁾ homologado judicialmente, no tributará por actos jurídicos documentados.

(9) En este sentido se ha pronunciado la STS Sala 3.ª, sección 2.ª del TS de 30 de abril de 2010. Ponente: Emilio Frias Ponce. STS 2351/2010. ECLI: ES: TS:2010: 2351.

(10) En un supuesto de disolución de condominio voluntaria ordinaria el Tribunal Supremo, S.3.ª, en sentencia de 24 de enero 2020 número 69/2020, Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Agualló Avilés, ROJ: STS 133/2020. ECLI: ES: TS:2020:133, dispuso: «La cuestión con interés casación consiste en “Determinar si la extinción de un condominio formalizada en escritura pública notarial, cuando se adjudica el bien inmueble sobre el que recae a uno de los condóminos, quien satisface en metálico a los demás el exceso de adjudicación, constituye una operación sujeta a transmisiones patrimoniales onerosas pero exenta o una operación no sujeta a esa modalidad y, por ende, si está no sujeta o está sujeta, respectivamente, a la modalidad gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados”. La respuesta que damos, en consonancia con lo expuesto, es que la extinción de un condominio, en el que se adjudica a uno de los condóminos un bien indivisible, que ya era titular dominical de una parte de este, a cambio de su equivalente en dinero, no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas sino a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados». Reitera criterios expuestos en sentencia núm. 344/2019, de 14 de marzo, dictada en el recurso de casación núm. 5404/2017. Extinción de condominio dimanante de herencia de padres.» No se tributará, por tanto, por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Sí se tributará, en cambio, por la modalidad de actos jurídicos documentados, no ya solo por la cuota fija (art. 31.1 TRITPyAJD), cuestión que es indiscutida, sino por la cuota gradual, puesto que concurren todos los requisitos previstos en el artículo 31.2 TRITPyAJD».

(11) A efectos de inscripción de los bienes inmuebles que los cónyuges o excónyuges tengan en común, deberá tenerse en cuenta los criterios de la Dirección General de Registros y del Notariado. Así la Resolución de la DGRN de 26/07/2016 con carácter general dispone que a efectos de su inscripción no es admisible que en el convenio se contengan estipulaciones relativas a bienes adquiridos antes del matrimonio, salvo en los siguientes supuestos: a) Adjudicación de la vivienda familiar, plaza de garaje y trastero vinculados funcionalmente a la vivienda como extensión de la misma, aunque registralmente tengan números registrales independientes. RDGRN 27/02/2015. b) Cuando se haya ejercido conjuntamente la acción de división de cosa común conforme el artículo 437.4. 4.º de la LEC. Respecto a los cónyuges casados en régimen de separación de bienes la RDGRN de 15/09/2020: «[...] este Centro Directivo ha manifestado reiteradamente que resulta admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues, aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento jurídico, del hecho de que el régimen económico-matrimonial de separación de bienes solo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble [...]. En el régimen de separación es posible que la liquidación sea innecesaria (por no existir deudas pendientes o por su conversión en una comunidad ordinaria), pero puede ocurrir lo contrario cuando existe un patrimonio activo común que no se desea seguir compartiendo o deudas de las que no se desea seguir respondiendo. Como señaló este

La tributación en el impuesto de actos jurídicos documentados cuando la extinción de condominio se realiza en escritura pública ha venido planteado los siguientes problemas:

1) Base imponible del AJD. ¿La constituye únicamente el valor de la cuota adquirida o el valor total del bien?

La constituye exclusivamente el valor de la cuota que se adquiere y no el valor total del bien, tal como de forma reiterada lo ha venido estableciendo el Tribunal Supremo en las STS 1484/2018 de 9 de octubre de 2018; de 9 de octubre de 2018, reiterada por otras posteriores: STS 960/2019 de 14 de marzo de 2019, STS 970/2019, 969/2019, 966/2019; 377/2019 de 20 de marzo de 2019, STS 1058/2019 de 26 de marzo de 2019, STS 1013/2019 de 9 de julio de 2019; STS 1317/2019, de 4 de octubre de 2019; STS 1379/2019, de 16 de octubre de 2019; STS 1502/2019 de 30 de octubre 2019⁽¹²⁾.

El artículo 30.1 LITPO dispone que servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa, y que cuando la base imponible se determine en función del valor de un bien inmueble, el valor de este no podrá ser inferior al determinado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 LITP, que en su apartado 2 establece que en el caso de bienes inmuebles, su valor será el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del Catastro inmobiliario a fecha de devengo del impuesto, que es la fecha de la escritura.

2) ¿Puede una oficina liquidadora cobrar dos veces AJD? ¿una por la extinción de condominio y otra por el exceso de adjudicación?

Algunas oficinas liquidadoras intentan cobrar dos veces Actos Jurídicos Documentados, una por la extinción del condominio y otra por el exceso de adjudicación, basándose en que las Resoluciones de la Dirección General de Tributos V0952-18, de 11 de abril de 2018, y V2997-18, de 21 de noviembre de 2018, dicen que hay dos convenciones.

Centro Directivo en Resolución de 5 de diciembre de 2012, es lógico que, pactado el divorcio, se quiera evitar la relación que, por su propia naturaleza, impone tal proindivisión, por lo que la cesación de tal relación y, por tanto, la extinción de la proindivisión, puede ser objeto del convenio regulador».

(12) STS, S.3.^a, 1502/2019 de 30 de octubre 2019. Ponente: Dmitry Teodoro Berberoff Ayuda. Roj: STS 3480/2019. ECLI: ES: TS:2019: 3480.

La DGT de Cataluña asume el criterio del TS relativo a la base imponible en AJD de las extinciones de condominio en las consultas 73/19, 97/19, 116/19 y 135/19, todas de 15 de mayo de 2019.

La DGT del Ministerio de Economía y Hacienda asume de manera expresa el criterio del TS relativo a la base imponible en AJD de las extinciones de condominio en la consulta V3344-19, de 5 de diciembre de 2019 reiterado en la consulta V2713-20 de 04/09/2020, V2554-21 de 21/10/2021. Ver Serrano de Nicolás, A, «Fiscalidad del condominio desde una óptica de las categorías del Derecho Civil», *Revista Catalana de Dret privat (Societat Catalana d'Estudis Jurídics)*, Vol 21 2019, pp. 230-231.



Solo existe una única convención, pues el exceso de adjudicación inevitable es la única forma de extinguir el condominio, es decir, que forma parte intrínseca del negocio jurídico de disolución de la comunidad. Además, ahora queda más claro que hay una sola convención, pues la base imponible sería la misma tanto en la extinción de condominio como en ese pretendido exceso de adjudicación: solo el valor de la cuota que se adquiere.

Pero aun cuando se entendiera que hay dos convenciones, la segunda (el exceso) no cumple el requisito de ser inscribible, lo que se inscribe es la extinción del condominio, por lo que no reúne los requisitos del artículo 31.2 de la Ley del Impuesto, de manera que no podría quedar sujeto adicionalmente a Actos Jurídicos Documentados.

Además, la Resolución de la DGT V0110-19, de 31 de enero de 2019, posterior a las anteriores dice que solo hay un AJD por la extinción, lo que confirman también las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura de 3 de julio de 2014, de Andalucía de 5 de noviembre de 2015, de Castilla La Mancha de 11 de octubre de 2010.

3. Impuesto Plusvalía Municipal (IIVTNU).

No se producirá sujeción al impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana⁽¹³⁾ por aplicación del artículo 104.3 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

Por último, hay que tener en cuenta que en el caso de que no se produzca la sujeción al IIVTNU con ocasión de la disolución de la comunidad de bienes, en la futura transmisión del terreno adjudicado al comunero que esté sujeta al impuesto, a los efectos del cómputo del período de generación del incremento de valor del terreno para la determinación de la base imponible, se entenderá que el inmueble fue adquirido en la fecha en que se produjo la anterior transmisión sujeta (cuando ambos comuneros adquirieron el inmueble) y no en la fecha en que se produce la adjudicación por extinción de la comunidad de bienes.

1.2.2 *Compensación en otros bienes*

Hasta la STS, sala 3.ª, de 30/10/2019, sentencia número 1502/2019⁽¹⁴⁾, la DGT en consultas de 3/11/2005; 12/06/2006 y 12/06/2007, afirmó que

(13) Ver BLANCO GARCÍA, A., y GARCÍA CARRETERO, B., «El Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: Análisis crítico y propuestas de reforma», Madrid, 2021.

(14) STS, sala 3.ª de 30/10/2019, núm. 1502/2019. Ponente: Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda. STS 3480/2019. ECLI: ES: TS:2019: 3480. Id cendoj. 2807913002201910056.

para que tenga lugar el supuesto de no sujeción previsto en el Artículo 7.2. B, es necesario que haya compensación y que ésta sea en metálico, pues en otro caso estaremos ante una permuta, que debe tributar como tal (aplicación del Artículo 23 del Reglamento del ITPO y AJD).

Este criterio fue modificado por la STS 1502/2019 de 30/10/2019 al llegar a la conclusión siguiente:

1. «– *La extinción completa de dos condominios, formalizada en escritura pública, cuando se adjudican los dos bienes inmuebles indivisibles sobre los que recaen a uno de los condóminos, que compensa el exceso de adjudicación parte en metálico y parte por la entrega de varios bienes muebles y de un bien inmueble de su propiedad del que era exclusivo titular dominical, constituye para el expresado adjudicatario un supuesto de no sujeción a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO), debiendo tributar por la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados (AJD) del ITPAJD, con independencia de que los copropietarios ostentasen participaciones distintas en cada uno de los referidos condominios.*

2. *En aquellos supuestos en que la adjudicación a un copropietario del bien que, hasta ese momento, se encontraba en comunidad, comporte la completa extinción del condominio y, además, de producirse un exceso de adjudicación, exista una compensación que opere como un elemento equilibrador de la equivalencia y proporcionalidad de las mutuas contraprestaciones del condómino transmitente y el adjudicatario, resulta aplicable el artículo 7.2. B) TRITPAJD, que describe un supuesto de no sujeción a la modalidad de TPO dando lugar, en consecuencia, a la tributación por AJD (SSTS 1013/2019, de 9 de julio, rca 5663/2017; 411/2019, de 26 de marzo, rca 5070/2017; 344/ 2019, de 14 de marzo de 2019, rca 5404/2017). En efecto, en primer término, debe significarse que el artículo 4 TRITPAJD establece que “a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa”.*

3. *Sobre la aplicabilidad de esta exoneración de tributación por TPO al caso de división de cosa común, fuera de las operaciones de división hereditaria, que es el expresamente contemplado en el artículo 7.2. B) TRITPAJD, se ha pronunciado reiteradamente esta Sala en casos en que la adjudicación se realiza a uno de los comuneros, con extinción del régimen del condominio. Así, entre otras, en la sentencia de 28 de junio de 1999, dictada en el recurso de casación en interés de la ley 8138/1998 (ES: TS:1999:4571), hemos considerado que la disolución de una comunidad de bienes mediante la adjudicación a los comuneros de bienes con un valor proporcional a sus res-*



pectivas participaciones en dicha comunidad no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, porque dicha operación tiene carácter particional y no dispositivo. Por otra parte, también negamos allí la sujeción por la modalidad de transmisiones patrimoniales en aquellos supuestos en los que la división de la cosa común resulta imposible por ser el bien indivisible o de división que reduce sustancialmente su valor y la totalidad del bien se adjudica a un comunero. La base normativa de la aplicación de la exoneración de TPO prevista en el 7.2. B) del TRITPAJD también a las comunidades de bienes no hereditarias, es la remisión que efectúa el artículo 406 del CC al régimen normativo de las divisiones hereditarias.

Por tanto, como regla general, desde el punto de vista de la ley tributaria, el artículo 7 TRITPAJD define el hecho imponible de la transmisión patrimonial onerosa de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas. Se grava con carácter general todo tráfico civil de bienes o derechos que se produce en nuestro sistema jurídico, movimientos o desplazamiento entre sujetos de derecho, cualquiera que sea el negocio jurídico a través del que se instrumente, y siempre que no deriven de una operación societaria en que se aplicaría el impuesto de Operaciones Societarias. Se trata pues de una modalidad que tiene por objeto el desplazamiento de un derecho patrimonial con causa onerosa que viene constituida, para cada parte contratante en la prestación que recibe de la otra (art. 1274 CC) y en la que el resultado es siempre el cambio de titularidad de ese derecho, de manera que fundamento del gravamen se encuentra en la capacidad económica que se pone de manifiesto con esa adquisición. Sin embargo, al adjudicarse a uno de los copropietarios un bien inmueble indivisible extinguiéndose, en consecuencia, el condominio que existía sobre el mismo, emerge el supuesto de no sujeción que, como excepción prevé el artículo 7.2 B TRITPAJD, por cuanto, en estos casos, aquél participe que resultó adjudicatario, ya era titular dominical de una determinada participación y, a través de una única convención –como acontece en el caso que nos ocupa– se le adjudica la totalidad del pleno dominio, mediante la compensación en dinero equivalente a su respectiva participación al otro propietario del inmueble, no existiendo, por ende, exceso de adjudicación. Dicho en otras palabras, en estos casos no existe transmisión patrimonial sino, simplemente, la especificación de un derecho preexistente».

En definitiva, si las diferencias de adjudicación existentes son consecuencia de la indivisibilidad de los bienes, la compensación puede realizarse en metálico, asumiendo deudas hipotecarias o adjudicando bienes mediante dación en pago.

La clave para mantener la tributación por el AJD, es que los bienes que se adjudiquen no sean privativos, sino que previamente estuvieran en si-



tuación de condominio, pues en este caso no se producirá transmisión alguna, se produciría una disolución de comunidad con especificación de derechos⁽¹⁵⁾. Por el contrario, si se trata de bienes privativos de uno de los comuneros el que se utiliza para la compensación, si habrá transmisión gravable en el ITP.

1.2.3 *Con compensación mediante asunción del pago del préstamo hipotecario, liberando al otro condómino*

Me estoy refiriendo al siguiente supuesto de hecho: dos cónyuges copropietarios al 50% proindiviso de un inmueble que tiene un valor de 200.000€ y está gravado con un préstamo hipotecario con un saldo pendiente de 100.000€, por lo que el valor «neto» sería de 100.000€. De tal valor neto, 50.000€ sería el valor teórico de la parte de cada uno y análogo valor teórico tendrá la deuda para cada uno de ellos. En tal supuesto uno de los condóminos de adjudica el pleno dominio y en pago de la parte del otro condueño, asume la totalidad de la deuda del préstamo hipotecario.

Por exigencias de las entidades acreedoras los deudores lo son siempre (o casi siempre) con carácter solidario, ahora bien, tal carácter solidario es simplemente frente a la entidad de crédito, ya que en la relación interna entre codeudores cabría hablar de una mancomunidad en la deuda, de ahí que la asunción de la totalidad del préstamo supone frente al otro condueño extinguir su parte de deuda, aunque la relación con la entidad acreedora del primero no haya cambiado (salvo por pasar a ser el único deudor, si acepta la liberación del otro).

No se realiza un pago en metálico de la parte del otro comunero, pero en la práctica el resultado es equivalente, al quedar liberado de una obliga-

(15) Esta doctrina ha sido asumida por la Dirección General de Tributos y así se observa en su respuesta a las recientes consultas V1901-21, de 17 de junio, y V2889-21, de 17 de noviembre. En ellas, el órgano consultivo declara que «*En definitiva, el Tribunal Supremo considera que, cumpliéndose los requisitos de indivisibilidad, equivalencia y proporcionalidad, la disolución simultánea de varias comunidades de bienes sobre inmuebles de los mismos condóminos con adjudicación de los bienes comunes a uno de los comuneros que compensa a los demás, deberá tributar por la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, por resultar aplicable el supuesto de no sujeción regulado en el referido artículo 7.2. B); y ello, con independencia de que la compensación sea en metálico, mediante la asunción de deudas del otro comunero o mediante la dación en pago de otros bienes. En este último caso, en opinión del Tribunal Supremo, solo tributaría por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas la transmisión de bienes privativos de un comunero al otro, pero no la de bienes que ya estaban en condominio, pues en tal caso no se produce transmisión alguna, sino disolución de una comunidad de bienes con especificación de un derecho que ya tenía el condómino que se queda con el bien.*»

ción de pago de una cantidad de metálico el comunero que sale del condominio, por lo que, tratándose de un bien indivisible o que desmerece por su división no es sino la concreción de un derecho abstracto preexistente sobre un bien concreto, de forma que no debe quedar sujeto a TPO.

Así lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Sentencia de 7 de diciembre de 2007, al afirmar que en este supuesto debe ser aplicable la doctrina del Tribunal Supremo (que tantas veces hemos repetido), ya que no se trata de un exceso de adjudicación, sino de la materialización o concreción de una cuota ideal en un bien concreto. Por tanto, no está sujeto a ITPO.

También la DGT en Consulta de 23/01/2009, entiende que no procede la tributación por ITPO en este supuesto, afirmando que también tiene la consideración de compensación en metálico la asunción por el adjudicatario de la parte de deuda del otro copropietario en el préstamo hipotecario común. (Por cierto, en el supuesto previsto en la citada consulta el exceso fue satisfecho en parte mediante la asunción de parte de la deuda y en parte en metálico).

De esta manera, no constituye una operación sujeta a la modalidad ITPO el exceso de adjudicación del que se beneficia uno de los comuneros al recibir un inmueble, cuando a cambio asume la parte de deuda de los otros copropietarios en el préstamo hipotecario común solicitado para pagar el precio de dicho inmueble, en un importe equivalente al valor del exceso (DGT CV 11 de septiembre de 2009, EDD 234538; DGT CV 28 de octubre de 2010, res. 2367/2010(20); DHF Vizcaya 21 de octubre de 2011, JUR 201214956(21); TSJ Asturias 30 de abril de 2012, EDJ 90915).

Debe entenderse por otro lado que la operación tampoco podrá quedar sujeta como adjudicación expresa en pago de asunción de deuda (art. 7.2. A) TRLITPAJD), puesto que la única convención realizada es la disolución de una comunidad sobre un bien indivisible no sujeta a TPO, aunque accidentalmente pueda llevar consigo una asunción de deuda (art. 4 TRLITPAJD).

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, sala 3.^a, en sentencia número 1502/2019 de 30/10/2019, Ponente: Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda, que considera dinero metálico la subrogación en un préstamo hipotecario.

Esta compensación onerosa, mediante la asunción íntegra del préstamo hipotecario o en especie a modo de dación en pago, ha sido reconocida por la DGT, entre otras, en la consulta V2889-21, de 17/11/2021 ⁽¹⁶⁾.

(16) RDGT CV V2889-21, de 17 de noviembre de 2021 contempla el supuesto de dos disoluciones de una copropiedad por terceras partes indivisa de un inmueble adquirido por herencia de su padre y cinco inmuebles adquiridos por herencia de ambos padres con cuotas distintas y desean asignarse las propiedades individualmente realizando sobre el conjunto adjudicaciones proporcionales a sus haberes, que, como se ha indicado, son sobre determinados bienes desiguales. Pues bien, afirma la

2. FISCALIDAD DE EXTINCIÓN DE CONDOMINIO SOBRE VARIOS BIENES CON DIFERENTES ORÍGENES

Esta situación se produce en la siguiente situación: «El Sr. Pedro y la señora Ana tienen un patrimonio común compuesto por su vivienda habitual de 300 m², dos garajes y un trastero sitas en Madrid en Paseo de la Habana adquiridos por compraventa durante su matrimonio en régimen de separación de bienes en el año 1990, que les pertenece al 50 % en pro-indiviso. Además, son propietarios al 50 % *pro indiviso* de un chalet en Marbella (segunda vivienda) adquirido mediante donación de una tía de ANA en el año 2000, así como un local de negocio de 50 m² en Málaga adquirido al 50 % mediante compraventa en el año 2017 y deciden disolver su matrimonio y en el convenio regulador acuerdan liquidar el régimen económico matrimonial de separación de bienes y adjudicar la propiedad de la vivienda habitual, garaje y trastero al 100 % a la Señora Ana, y el chalet y el local al esposo Pedro. ¿Qué repercusiones fiscales tiene este pacto?

Si la extinción de condominio se realiza sobre varios bienes que tienen diferentes orígenes, la DGT (entre otras V2300-17, de 12 de septiembre, V0257-18 de 6 de febrero de 2018, V1001-18 de 18 de abril de 2018 o V1345-18 de 23 de mayo de 2018, V0036-20 de 13 de enero de 2020⁽¹⁷⁾, aunque hay

DGT, tomando como referencia específica la sentencia citada del TS de 30/10/2019, número 1502/2019 que: (I) No estamos ante una única comunidad, sino ante tantas comunidades como inmuebles. (II) Si todos los bienes son indivisibles y las adjudicaciones son inevitables por dicha indivisibilidad, las disoluciones simultáneas de todas las comunidades con compensación en especie de bienes que tienen en el conjunto de comunidades, formando a la postre lotes equivalentes, no incide adicionalmente en TPO, sino exclusivamente en AJD. Es decir, aunque estemos ante una disolución simultánea de tantas comunidades como inmuebles, sin embargo, la DGT reconoce una interconexión entre las mismas, permitiendo el «trasvase» o «intercambio» de inmuebles como medio de compensación sin incidir en TPO, siempre que se respete la adjudicación por indivisibilidad inevitable a uno.

(17) RDGT CV0036-20 de 13/01/2020: *«Existen dos comunidades de bienes sobre varios inmuebles originadas por dos adquisiciones mortis causa distintas. Por lo tanto, al tratarse de dos condominios distintos, su disolución supondrá la existencia de dos negocios jurídicos diferentes que deben realizarse de forma separada e independiente. En cada uno de estos negocios habrá que analizar cómo se efectúa la adjudicación de los bienes para determinar su tributación. Así, si lo que se realiza es una permuta de los porcentajes de participación entre los cotitulares de los bienes deberá tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, en los términos establecidos en el artículo 23 del Reglamento del impuesto. Si, por el contrario, se produce una disolución de la comunidad habrá que determinar, conforme a lo anteriormente expuesto, si se producen excesos de adjudicación y en su caso, si esos son onerosos o lucrativos. En el supuesto de producirse excesos de adjudicación, compensando el comunero al que se le adjudique el exceso al resto por las diferencias que existen a su favor, habrá que determinar si se aplica la regla general que da lugar a la tributación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas conforme al artículo 7.2 b) del texto refundido por el comunero que recibe el exceso, o bien la excepción conforme a lo previsto en el artículo 1062 del Código Civil, en cuyo caso, dará lugar a la tributación por la modalidad de actos jurídicos documentados, cuota variable, documento notarial, de acuerdo con*

muchas más) considera que hay varias comunidades y no una sola (salvo que se trate de bienes adquiridos por cónyuges casados en régimen de separación de bienes según una Consulta de la DGT de 21 de enero de 2016) y estima que debe extinguirse el condominio de forma separada sobre cada bien, sin excesos de adjudicación o con excesos inevitables.

Si, por el contrario, la extinción del condominio se realiza globalmente sobre todos los bienes, la DGT entiende que hay permuta de cuotas entre comuneros que tributa en ITPO.

La DGT estima que se trata de tantas como títulos o conceptos concurren, pues cada una tiene su propia individualidad derivada de su distinto origen (DGT CV 17 de octubre de 2011, EDD 279453; Consulta vinculante V0036-20 de 13/01/2020) y no una sola comunidad. Así, por ejemplo, si A y B son copropietarios al 50 % de una vivienda y de un vehículo, el primero adquirido por compraventa, y el segundo por herencia, según la DGT no puede decirse que exista una sola comunidad de bienes formada por la vivienda y el vehículo, sino que existen dos comunidades independientes y autónomas, una sobre la vivienda, y otra diferente sobre el vehículo.

En consecuencia, la DGT entiende que la disolución de tales comunidades no puede tratarse como si fuera una única comunidad, sino que cada una de ellas debe disolverse autónomamente sin excesos, con los bienes que la componen.

Si no es posible que no haya excesos, éstos deberán compensarse con dinero, pero nunca con los bienes que integren las otras comunidades, por mucho que los comuneros sean los mismos.

Quiere ello decir que en la disolución de cada comunidad de bienes no es conveniente intercambiarse las cuotas que corresponden a cada comunero en una y otra comunidad de bienes, pues tal operación equivaldría a

lo previsto en el artículo 31.2 del texto refundido. En este último supuesto, en la valoración del cumplimiento de los requisitos previstos para aplicar la excepción se debe observar que, para determinar el supuesto de indivisibilidad del bien o desmerecimiento por la indivisión, al existir en cada una de las comunidades una cotitularidad sobre varios bienes, habrá que atender al conjunto de todos ellos para determinar la indivisibilidad, ya que aunque cada uno de los bienes individualmente considerados puedan ser considerados indivisible, el conjunto de todos si puede ser susceptible de división, por lo que el reparto o adjudicación de los bienes entre los comuneros deberá hacerse mediante la formación de lotes lo más equivalentes posibles, evitando los excesos de adjudicación. De ser posible una adjudicación distinta de los bienes entre los comuneros, que evite el exceso o lo minore, existiría una transmisión de la propiedad de un comunero a otro, que determinaría la sujeción al impuesto. Por último, si se produce una disolución simultánea de las dos comunidades en las que existen excesos de adjudicación y se originan compensaciones entre los comuneros, la exigencia de que las compensaciones sean en metálico no permite la compensación con bienes que formen parte de otra comunidad. Si los comuneros intercambiasen inmuebles de una y otra comunidad de bienes como si de la adjudicación de los bienes de una única comunidad de bienes se tratara, tal intercambio tendría la consideración de permuta conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento del impuesto».

un exceso de adjudicación con compensación en especie, que quedaría sujeto a la modalidad TPO del ITPAJD, es decir, como permuta según el criterio interpretativo realizado por la DGT, que está siendo corregido por el Tribunal Supremo.

Dicho en otros términos; a la hora de disolver esas comunidades no cabe tener en cuenta de forma conjunta todos los bienes de todas ellas, como si se tratara de una única comunidad, para formar lotes equivalentes y, en su caso, compensar en metálico el exceso de adjudicación que resulte inevitable, sino que la compensación de excesos de adjudicación inevitables que se produzcan en la partición de cada una de las comunidades, para evitar la sujeción a la modalidad de TPO, debe ser compensada en metálico (DGT CV 3 de noviembre de 2011, EDD 291773; DGT CV 17 de octubre de 2011, EDD 2011/279453; DGT CV 24 de mayo de 2011, EDD 128288; DGT CV 17 de febrero de 2011, EDD 18288; DGT CV 27 de julio de 2009, EDD 216450; DGT CV 23 de julio de 2009, EDD 216365).

En definitiva, cada disolución de cada comunidad constituye un negocio jurídico diferente, y como tal cada uno debe ser tratado separadamente (DGT CV 22 de septiembre de 2011 EDD 2011/257241) V0036-20 de 13/01/2020, con lo que no cabe sustituir la compensación en metálico que proceda como consecuencia de un exceso de adjudicación producido en la disolución de una, por la entrega de bienes procedentes de los excesos de adjudicación resultantes de la disolución de otra comunidad distinta, pues en tal caso la operación tributaría como permuta –exceso de adjudicación en una comunidad, de un lado, y compensación en especie mediante la cesión de bienes procedentes de un exceso de adjudicación en otra comunidad, de otro– (DGT CV 17 de octubre de 2011, EDD 279453; CV V0110-19 de 17 de enero de 2019⁽¹⁸⁾).

Así, en un supuesto en el que varios propietarios en *pro indiviso* de varios inmuebles, perteneciéndoles unos por compraventa y otros por herencia, pretenden disolver estos pro indivisos en un único acto, haciendo lotes cuyo valor sea lo más similar posible a las respectivas cuotas de par-

(18) RGT CV V0110-19 de 17 de enero de 2019: «Nos encontramos ante tres comunidades de bienes en la que cada comunidad se debe disolver sin que se produzcan excesos de adjudicación, o produciéndose excesos estos sean inevitables y se compensen con dinero, en cuyo caso la disolución de cada comunidad de bienes, solo tributará por actos jurídicos documentados en cuanto reúnen todos los requisitos para tributar por la cuota variable del Documento Notarial, del artículo 31.2 del TRLITPAJD. Segunda: Si en la disolución de las referidas comunidades de bienes no se cumplen los requisitos expuestos, bien por producirse excesos de adjudicación no inevitables, bien por intercambiarse o permutar pisos de una de las comunidades de bienes como pago o compensación de lo recibido o adjudicado de la otra, además del devengo de la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del ITPAJD relativa a la disolución de las comunidades de bienes en cuestión, tales excesos de adjudicación y permutas estarán sujetos a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del mismo impuesto».

ticipación, efectuándose las compensaciones económicas que fueran necesarias por los excesos de adjudicación que se pudieran producir, la DGT advierte (DGT CV 22 de septiembre de 2011 EDD 2011/257241): *si bien es cierto que todos los inmuebles son propiedad de las mismas personas y por idéntico porcentaje, no lo es que todos los inmuebles constituyan una única comunidad de bienes, sino que se trata de dos comunidades de bienes. Una comunidad de bienes que se constituyó como resultado de la adjudicación de bienes de la herencia y con efectos desde la muerte del causante, que es el momento al que se retrotraen los efectos de la adjudicación de la herencia, y otra comunidad de bienes que se constituyó en el momento de la compraventa en pro indiviso. Ello significa que los comuneros no pueden intercambiar inmuebles de una y otra comunidad de bienes como si se tratara de una adjudicación de los bienes de una única comunidad, pues tal intercambio tendría la consideración de permuta y estaría sujeta como tal a la modalidad TPO. En síntesis, si la adjudicación de inmuebles de cada comunidad se realiza de forma separada y en cada una de ellas la adjudicación se realiza formando tres lotes lo más equivalentes que sea posible y si los excesos de adjudicación que se produzcan son inevitables –por imposibilidad de formar lotes equivalentes– y, además, tales excesos son compensados en metálico a favor de los comuneros que obtienen defectos de adjudicación en los inmuebles que reciben, dado que las comunidades de bienes no realizaban actividades empresariales, la disolución de cada una de las dos comunidades de bienes estará sujeta a la cuota gradual de AJD, documentos notariales, del ITPAJD. Por el contrario, si la disolución de las referidas comunidades de bienes no cumple los requisitos expuestos, bien por producirse excesos de adjudicación no inevitables, bien por intercambiarse o permutar inmuebles de una de las comunidades de bienes como pago o compensación de lo recibido o adjudicado de la otra, además del devengo de la cuota gradual de AJD, documentos notariales, del ITPAJD, relativa a la disolución de la comunidad de bienes en cuestión, tales excesos de adjudicación y permutas estarán sujetos a la modalidad de TPO del mismo impuesto.*

Las consecuencias prácticas que esta doctrina conlleva desde la perspectiva de la tributación por la modalidad ITPO de los excesos de adjudicación son las siguientes:

- Derivados de herencias. Tres personas (A, B y C) son condueñas en pro indiviso por terceras partes de una casa por título de herencia de su padre (valorada en 100), y de una parcela urbana por título de herencia de la madre (valorada en 200), nos encontramos ante dos comunidades

hereditarias distintas (herencias de los dos padres), con lo que si su disolución se articulase adjudicando a uno de los comuneros (A) el pleno dominio de la casa y a los otros dos (B y C) la parcela en pro indiviso, en realidad se estarían produciendo en ambas comunidades excesos de adjudicación compensados en especie –en concreto, con la participación de cada comunero en el bien del que no son adjudicatarios–, que tributarían por la modalidad TPO del ITPAJD como una permuta, siendo sujeto pasivo cada uno de los comuneros-permutantes por los bienes que reciba –A por el exceso de 66,66 que obtiene con la adjudicación de la casa, y B y C por el exceso de 66,66 que cada uno obtiene con la adjudicación de la parcela– (DGT CV 3 de noviembre de 2011, EDD 2011/291773).

– Y lo mismo sucedería si los mismos comuneros fuesen copropietarios de unos determinados bienes adquiridos por actos *inter vivos*, y de otros bienes adquiridos *mortis causa* (DGT CV 17 de febrero de 2011, EDD 2011/18288), o si unos les perteneciesen por compraventa, otros por donación, y otros por herencia (DGT CV 22 de diciembre de 2011, EDD 325789).

En este sentido, cuando por aplicación de la doctrina de la DGT puedan existir razones para sostener que concurren varias comunidades de bienes distintas susceptibles de ser apreciadas por la Administración tributaria, es recomendable disolver cada una de manera separada –sea en un único documento o en distintos–, previendo primeramente la compensación en metálico de los eventuales excesos de adjudicación que puedan producirse, de forma también independiente en cada comunidad, para posteriormente consignar que las deudas pecuniarias recíprocas nacidas entre los comuneros como consecuencia de las obligaciones de pago en metálico asumidas por cada uno quedan extinguidas por compensación en la parte concurrente (arts. 1195 a 1202 CC).

Así, por ejemplo, en el primer supuesto estudiado (DGT CV 3 de noviembre de 2011 EDD 291773), sería aconsejable particular primero la disolución de la comunidad existente sobre la casa, de manera que se adjudique en su totalidad a A, que se obliga a compensar en metálico a B y C (33,33 a cada uno), con lo que siendo el bien indivisible el exceso de adjudicación no quedaría sujeto a la modalidad TPO.

Posteriormente, se articularía en el mismo documento la disolución de la comunidad sobre la parcela urbana, adjudicándose *en pro indiviso* y por iguales partes a B y C, que se obligan a compensar en metálico a A (33,33 cada uno), con lo que siendo el bien indivisible el exceso de adjudicación tampoco quedaría sujeto a la modalidad TPO.

Como de la disolución de ambas comunidades han surgido derechos de crédito recíprocos entre los tres comuneros, que son a la vez acreedo-

res y deudores los unos de los otros por idéntico importe (33,33), a renglón seguido se consignaría en el documento de disolución la extinción de esos derechos de crédito por compensación.

El Derecho tributario no ofrece un concepto propio de comunidad de bienes, ni tampoco existe en las normas fiscales un tratamiento general y completo de la disolución o extinción del condominio, por ello la jurisprudencia ha ido desarrollando una doctrina sobre la base de la regulación ofrecida por el Derecho Civil que es preciso aplicar.

En el Derecho civil se reconoce el patrimonio colectivo, esto es, un patrimonio conformado por bienes y derechos que pertenecen en común a varias personas procedentes de diferentes negocios jurídicos intervivos y/o mortis causa, que se rigen por las normas civiles propias de la comunidad de bienes., siendo irrelevante el título de adquisición, así como si se formó mediante negocios jurídicos simultáneos o sucesivos.

El Tribunal Supremo está realizando una labor correctora del criterio hasta ahora sostenido por la Dirección General de Tributos y aplicado por la Administración tributaria, disponiendo en la STS, s. 3.^a de 26/04/2024, núm 719/2024⁽¹⁹⁾, reiterado en la STS, s.3.^a, de 30/04/2024, núm 731/2024⁽²⁰⁾, el siguiente criterio interpretativo:

« FJ 3: conforme a las normas fiscales, artículo 7.2.b), únicamente quedan sujetos los excesos de adjudicación declarados, con alguna excepción; pues, como ha dicho este Tribunal, lo importante es que se haya extinguido el condominio, que el negocio jurídico... perseguía con claridad el ejercicio de una facultad de división de la cosa común, en la que se especifican los derechos que correspondían al comunero que transmite sus participaciones, recibiendo éste una parte equivalente sustitutiva de su cuota ideal en ambos condominios, incluso mediante la formación de lotes equivalentes y proporcionales, y, finalmente, que los condueños no han obtenido beneficio ni ganancia patrimonial, y en consecuencia, procederá la tributación de la operación por la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales. Dicho lo anterior cabe responder a la cuestión de interés casacional objetivo en el sentido de que está sujeta a la modalidad de actos jurídicos documentados la operación por la que se extinguen los condominios en los que participan los mismos titulares mediante la adjudicación de los bienes a cada uno de ellos sin que medie compensación por exceso de adjudicación, sin que tenga relevancia a efectos fiscales que los bienes adjudicados hu-

(19) STS, s.3.^a núm. 719/2024. Ponente: José Antonio Montero Fernández. Roj: STS 2217/2024 – ECLI: ES: TS:2024:2217. Id Cendoj: 28079130022024100118.

(20) STS, s.3.^a núm. 731/2024 de 30/04/2024. Ponente: Isaac Merino Jara. Roj: STS 2218/2024 – ECLI: ES: TS:2024:2218. Id Cendoj: 28079130022024100119.

bieran sido adquiridos e incorporados a los condominios en virtud de distintos títulos de adquisición.»

El Tribunal Supremo estima que es irrelevante para la aplicación del supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.2 B del TRITPAJD la existencia de uno o varios condominios que se extinguen por completo como consecuencia de la adjudicación de los inmuebles a uno de los copropietarios. Lo trascendental es que los bienes inmuebles resulten indivisibles, y sea imposible un procedimiento de distribución entre los copropietarios, distinto al de adjudicación a uno solo de los condóminos.

En consecuencia, el Tribunal Supremo aplica el supuesto de no sujeción a ITPO y la sujeción a la modalidad de AJD en la operación de extinción de condominio de los mismos cotitulares en la que se adjudican los bienes a cada uno de ellos sin que medie exceso de adjudicación, corrigiendo el criterio de la Administración tributaria de liquidar el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas al considerar la existencia de permutas de cuotas y bienes de distintas comunidades, lo que ha tenido como resultado la estimación del recurso declarando el derecho del recurrente a la devolución del ingreso indebido junto con los intereses de demora devengados.

3. FISCALIDAD DE EXTINCIÓN DE CONDOMINIO SOBRE VARIOS BIENES CON UN MISMO ORIGEN

En el supuesto de condominio sobre dos inmuebles (local y vivienda) que tenían un mismo origen, la adjudicación a cada uno de un inmueble con compensación en metálico en una misma escritura de extinción de condominio, no tributa por ITPO, si por AJD, por la cuota fija (art. 31.1. TRITPYAJD) más la cuota gradual (art. 31.2 del mismo cuerpo legal), tal como dispone la STS, S. 3.^a, núm. 1790 de 17/12/2020. Ponente: José Antonio Montero Fernández⁽²¹⁾. En esta sentencia se resolvía una extinción de condominio sobre dos inmuebles que pertenecían a los copropietarios en proindiviso y cuyo título de constitución del condominio era una única escritura de adjudicación de herencia de su madre. En la escritura de extinción de condominio, atendiendo al carácter indivisible de los bienes, se adjudicaron cada comunero el 100 % de cada finca que habita-

(21) STS, S. 3.^a, núm. 1790 de 17/12/2020. Ponente: José Antonio Montero Fernández. ROJ: STS 4398/2020-ECLI: ES: TS:2020: 4398. Id Cendoj: 28079130022020100665.

ba en concepto de domicilio habitual y permanente, resultando un exceso de adjudicación que quedó económicamente compensado.

La existencia de uno o varios condominios sobre dos inmuebles, correspondientes a dos copropietarios que se extingan por completo al adjudicarse los inmuebles a uno solo de los copropietarios al ser indivisibles, no es obstáculo para la aplicación del supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.2 B del TRITPAJD. Se viene exigiendo la indivisibilidad de los bienes que haga inevitable la adjudicación a uno solo de los condóminos con exceso de adjudicación a compensar tal como dispone el TS en STS 30 de octubre de 2019; 1013/2019 de 9 de julio; 411/2019 de 26 de marzo; 344/2019.

Sobre la aplicación de esta exoneración de tributación por ITPO al caso de división de cosa común, fuera de las operaciones de división hereditaria que es el expresamente contemplado en el artículo 7.2 b) TRITPAJD, se ha pronunciado reiteradamente el tribunal Supremo desde la STS 28 de junio de 1999, dictada en el recurso de casación en interés de Ley 8138/ 1998, que en su fundamento jurídico 3 establece: «[...] en el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o pueda desmerecer mucho con su división –supuesto que lógicamente concurre en una plaza de aparcamiento e incluso en un piso (no se trata de una división de un edificio, sino de un piso, artículo 401 CC la única forma de división, en el sentido de extinción de la comunidad es paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, el exceso en dinero».

El fundamento jurídico radica en que la disolución de una comunidad de bienes tiene carácter particional y no dispositivo, sin que exista una transmisión patrimonial sino una especificación de un derecho preexistente. Además el artículo 406 del CC remite al régimen normativo de las divisiones hereditarias, la cual debe entenderse realizada al artículo 1062, 1 del Código civil, que dispone: «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero».

Por el contrario, si la extinción de condominio se documenta mediante escritura pública, si tributará por la modalidad de actos jurídicos documentados, tanto por la cuota fija (Art.31.1 TRITPOyAJD) como la cuota gradual, al reunir los requisitos previstos en el artículo 3.2 del TRITPOYAJD determinándose la base imponible del impuesto en función del valor que se adjudique a cada comunero, tal como estableció la STS de 9 de octubre de 2018.

Si la extinción de condominio deriva de la liquidación o adjudicación del régimen de separación de bienes y esta se realiza en convenio regulador homologado en el Juzgado por el Juez o el letrado de la administración

de justicia, ninguna tributación se produciría por AJD al no ser documento notarial la resolución judicial que lo homologue.

4. EXCESOS DE ADJUDICACIÓN EN EL IRPF

La norma que regula este supuesto se encuentra en el artículo 33.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas:

«Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio: a) en los supuestos de división de la cosa común, b) En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación, c) En la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros.

Los supuestos a que se refiere este apartado no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos».

Así como el artículo 33.2.3 del mencionado cuerpo legal tras la reforma sufrida por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre:

3. Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos:

d) En la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan compensaciones, dinerarias o mediante la adjudicación de bienes, por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges.

Las compensaciones a que se refiere esta letra d) no darán derecho a reducir la base imponible del pagador ni constituirá renta para el perceptor.

El supuesto al que se refiere esta letra d) no podrá dar lugar, en ningún caso, a las actualizaciones de los valores de los bienes o derechos adjudicados.

El Tribunal Supremo, S.3.^a, en Sentencia Núm. 1269/2022 de 10/10/2022 Ponente: María de la Esperanza Córdoba Castroverde⁽²²⁾, analiza el su-

(22) STS, S. 3.^a, de 10 de octubre de 2022. Núm. 1269/2022. Ponente: María de la Esperanza Córdoba Castroverde. Id. Cendoj. 28079130022022100344. Ver Simón Yarza, ME, Extinción del

puesto de la disolución de la copropiedad sobre un inmueble, adjudicándose a uno de los copropietarios y compensado al otro en metálico realizando una interpretación del artículo 33 de la Ley del IRPF en virtud de la cual asienta el criterio de que si se transmite la copropiedad por el mismo precio de adquisición, seguirá exento de tributación en el IRPF del transmitente su parte indivisa. Ahora bien, en el supuesto que la transmisión se realice por precio mayor al de adquisición, en el transmitente se producirá una ganancia patrimonial sujeta al IRPF con los siguientes fundamentos jurídicos:

FJ 2.º: [...] 3.2. En principio, pudiera sorprender que, si como hemos visto, no hay transmisión gravable en el ITP, sino mera especificación de derechos, pueda hablarse de una «transmisión» gravable en el IRPF. El motivo de ello es que en el ITP, el hecho imponible es la transmisión, de forma que si ésta no existe, porque tan solo hay una especificación de derechos, no puede haber sujeción a este impuesto, y en cambio en el IRPF no se grava la transmisión, sino la existencia de una alteración patrimonial, por lo que cabe pensar que, en supuestos como el examinado, sí puede existir un gravamen en el IRPF.

3.3 La Inspección ha considerado que la existencia o no de la alteración patrimonial dependerá de que en la extinción del condómino se actualice o no el valor del inmueble que se adjudica a uno de ellos, de forma que si el valor del bien es el mismo que tenía cuando se adquirió, y cada copropietario solo recibe en compensación el valor que en su día le costó el bien, no habrá alteración patrimonial, ni, por tanto, ganancia o pérdida patrimonial; pero si se actualiza el valor del inmueble, sí considera que hay alteración patrimonial, lo que comporta, como ha ocurrido en el caso examinado, que se impute al copropietario que no se ha adjudicado el inmueble y ha recibido a cambio una compensación en metálico, una ganancia patrimonial en el IRPF.

Para alcanzar esta conclusión atiende al último párrafo del artículo 33.2 de la Ley 35/2006 que, como hemos visto, señala que «Los supuestos a que se refiere este apartado no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos» y considera que solo no habrá alteración patrimonial cuando no se haya producido una actualización en el valor de los bienes recibidos.

proindiviso en el IRPF (Comentario a la STS 3585/2022, de 10 de octubre de 2022), Nueva Fiscalidad 4,2022, pp. 191-203.

3.4 Esta interpretación es compartida por esta Sala que considera, en términos coincidentes con los recogidos por el Abogado del Estado, que, con carácter general, el ejercicio de la acción de división de cosa común no implica una alteración en la composición del patrimonio, tal y como recoge el artículo 33.2. LIRPF, ya que únicamente se especifica la participación indivisa que correspondía a cada uno de los copropietarios. Ello comporta que, a efectos de futuras transmisiones, la fecha de adquisición no es la de adjudicación de los bienes a los copropietarios, sino la originaria de adquisición de dichos bienes.

Ahora bien, para que esto se produzca es necesario, además, que las adjudicaciones que se lleven a cabo al deshacerse la indivisión se correspondan con la cuota de titularidad, lo que no ocurrirá en el caso de que se haya producido una actualización del valor del bien, pues en tal caso se habrá producido un exceso de adjudicación, entendido como diferencia de valor, que genera una alteración patrimonial. En el caso que se enjuicia, tal y como apreció la Administración, se ha generado una ganancia patrimonial en el Sr. José María por la diferencia entre la compensación en metálico percibida en la extinción del condominio y el 50% del precio de adquisición de la vivienda en 1983.

Consecuentemente, en los casos de división de la cosa común respetando la cuota de participación no hay alteración patrimonial, pero sí la habrá en los casos en que se produzca una actualización del valor del bien recibido, como ocurre cuando el copropietario recibe una compensación en metálico por un importe superior a la cuota que le correspondía en el condominio».

Este criterio ha sido reiterado en la STS, s. 3.^a de 05/12/2023. Ponente Isaac Merino Jara⁽²³⁾.

En conclusión, tras estas sentencias del Tribunal Supremo es necesario distinguir:

1.º Si el valor exceso de adjudicación que se compensa en metálico es igual al valor del inmueble en el momento de la adquisición con la correspondiente actualización de valor, en tal caso no hay alteración de patrimonio a efectos del IRPF y por tanto no surge la obligación de tributar por tal impuesto.

2.º Si el valor exceso de adjudicación que se compensa en metálico es distinto al valor del inmueble en el momento de la adquisición con la

(23) STS, s. 3.^a, de 05/12/2023, núm 1634/2023. Ponente: Isaac Merino Jara. Id Cendoj: 28079130022023100372. Roj: STS 5535/2023 – ECLI: ES: TS:2023:5535.

correspondiente actualización de valor, en tal caso sí hay alteración de patrimonio a efectos del IRPF y por tanto surge la obligación de tributar por tal impuesto, siendo la base imponible la diferencia del valor del exceso declarado en la disolución de comunidad y el valor del inmueble en el momento de la adquisición actualizado al momento de la extinción del condominio.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO GARCÍA, A., y GARCÍA CARRETERO, B., *El Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: Análisis crítico y propuestas de reforma*, Ed. Reus, Madrid, 2021.
- CALVO VÉRGEZ, J., «Fiscalidad de las operaciones de disolución y liquidación de los regímenes económicos matrimoniales: en torno a la STS de 30 de abril de 2010», *Diario La Ley*, núm. 7595, La Ley, 2011.
- CASTRO ESTELLER, V. de, «Tratamiento fiscal diferenciado en la liquidación de regímenes económico-matrimoniales», *InDret*, 3/2011, pp. 1-14.
- GUERRA REGUERA, M., *Consecuencias Fiscales de la Extinción de una Comunidad de Bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ORÓN MORATAL, G., «La extinción de condominio y sus efectos fiscales», *Quincena Fiscal*, 10, 2023.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., «Fiscalidad del condominio desde una óptica de las categorías del Derecho Civil», *Revista Catalana de Dret privat* (Societat Catalana d'Éstudis Jurídics), vol. 21 2019, pp. 223-233.
- SIMÓN YARZA, M. E., «Extinción del proindiviso en el IRPF (Comentario a la STS 3585/2022, de 10 de octubre de 2022)», *Nueva Fiscalidad* 4, 2022, pp. 191-203.

E. EFECTOS FISCALES DERIVADOS DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

E.3 La adjudicación de la vivienda habitual/familiar en pago de la pensión compensatoria y/o de la indemnización del artículo 1438 CC⁽¹⁾

Carmen López-Rendo Rodríguez

Profesora Titular de Universidad

Universidad de Oviedo

<https://orcid.org/0000-0003-3407-2363>

clrendo@uniovi.es

Resumen: *En el presente trabajo se analizan los efectos fiscales derivados de la adjudicación de la vivienda habitual/familiar en pago de la pensión compensatoria y de la indemnización del artículo 1438 del Código civil en la esfera del pagador y del perceptor.*

Palabras clave: *Vivienda habitual, pensión compensatoria, indemnización del artículo 1438 CC, IRPF, IMVTNU, ITPO.*

(1) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00) cuya investigadora principal es Matilde Cuenca Casas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Abstract: *In this work, the fiscal effects derived from the allocation of the family home in payment of the compensatory pension and the compensation of article 1438 of the Civil Code in the sphere of the payer and the recipient are analyzed.*

Keywords: *Habitual residence, compensatory pension, compensation of article 1438 CC.*

Sumario: 1. Adjudicación de la vivienda familiar en pago de la pensión compensatoria. 2. Adjudicación de la vivienda familiar en pago de la indemnización del artículo 1438 CC. Bibliografía.

1. ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN PAGO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria se regula en el artículo 97 del Código civil⁽²⁾ en los siguientes términos:

«El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.»

La forma habitual de pago de las pensiones compensatorias es mediante pagos periódicos en dinero, no obstante lo anterior, el artículo 99 del Código Civil, prevé la posibilidad de que, en cualquier momento, pueda convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

El pago de una pensión compensatoria (art. 97 CC) establecida por decisión judicial o en divorcio notarial o decretado por el Letrado de la

(2) Sobre la pensión compensatoria, ver HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., *Estudio crítico de la pensión compensatoria*; Ed. Reus, Madrid, 2018; ÁLVAREZ OLALLA, M. P., «Criterios para la atribución de la pensión compensatoria», *Revista Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* núm. 122, 2023, pp. 227-242. Sobre el tratamiento fiscal ver GIL CRUZ, E. M., y DÍAZ REDONDO, J. J., «Los alimentos entre cónyuges y la pensión compensatoria: sus distintas naturalezas y tratamiento fiscal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2011, pp. 111-129.

Administración de justicia tiene repercusiones fiscales en la esfera del pagador y del perceptor⁽³⁾.

a) En la esfera del PAGADOR, el artículo 55 de la LIRPF 35/2006 dispone:

«Las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas a favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible».

Este precepto tras la reforma del Código Civil (arts. 82, 87, 90, 97 CC) por Ley de Jurisdicción voluntaria 15/2015 de 2 de julio que entró en vigor el 23 de julio, ha sido objeto de nuevas interpretaciones para adecuarlas a la realidad social y legislativa, al admitirse el divorcio notarial y el divorcio decretado por el Letrado de la Administración de justicia, al amparo del artículo 12.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre que establece que: «Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil».

Actualmente para que pueda reducirse de la base imponible en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Sean satisfechas por decisión judicial dictada en procedimiento de mutuo acuerdo o contencioso tal como reconocen las consultas vinculantes CV 1474-07 y CV 1302-06 o en divorcio notarial o decretado por el Letrado de la Administración de Justicia, tras las CV2505-16⁽⁴⁾ y la STS, s. 3.ª, de 25 de marzo de 2021, núm. 444/2021⁽⁵⁾, cuya doctrina casacional ha sido ratificada en la STS, s. 3.ª 1202/2022 de 28 de septiembre⁽⁶⁾.

En los supuestos de separaciones, divorcios de mutuo acuerdo, la reducción en la base imponible por pensiones compensatorias a favor del

(3) HERNÁNDEZ GULIARRO, F., «La tributación de la pensión compensatoria como consecuencia de la separación o divorcio en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 (2), 2016.

(4) RDGT a CV2505-16 de 8 de junio de 2016.

(5) STS, s. 3.ª, de 2 de marzo de 2021. Ponente: José Díaz Delgado, Roj: STS 1289/2021 – ECLI: ES: TS:2021:1289. FJ 3.º *Fijación de doctrina: A la pregunta formulada por la Sección Primera ha de responderse que: la reduCCión en la base imposible del IRPF por el pago de pensiones compensatorias abarca también a los supuestos de fijación mediante un convenio regulador formalizado ante el letrado de la Administración de Justicia o el notario, en virtud del régimen de separación o divorcio de mutuo acuerdo.*

(6) STS, s.3.ª 1202/2022 de 28 de septiembre. Ponente: Dimitrry Teodoro Berberoff Ayuda. Id Cendoj: 28079130022022100337. Roj: STS 3569/2022 – ECLI: ES: TS:2022:3569. FJ. 4.º: «A la pregunta formulada por la Sección Primera ha de responderse que: la reducción en la base imposible del IRPF por el pago de pensiones compensatorias abarca también a los supuestos de fijación mediante un convenio regulador formalizado ante el letrado de la Administración de Justicia o el notario, en virtud del régimen de separación o divorcio de mutuo acuerdo».

cónyuge, satisfechas por decisión judicial, resulta aplicable desde la fecha en que se suscribe el convenio regulador en el que establecieron su pago, siempre que la ulterior sentencia judicial que lo ratifique no modifique lo pactado en dicho convenio regulador conforme la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en STS, s. 3.^a, de 22 de julio de 2024 núm. 1369/2024⁽⁷⁾ reiterado en STS, s. 3.^a de 23 de julio de 2024 núm. 1397/2024⁽⁸⁾.

No reducen la base imponible del Impuesto sobre la renta de las personas físicas las pensiones compensatorias pactadas en acuerdo de mediación tal como ha declarado la dirección general de tributos en la resolución a la CV1514-17.

2. Sean abonadas de forma efectiva, admitiéndose por el TSJ Galicia en sentencia de 29/06/2016 como justificantes el recibo firmado por el beneficiario y pago en efectivo.

3. Que las bases imponibles general y del ahorro no sean negativas como consecuencia de la reducción de la pensión compensatoria, esto es, que se ajusten a esta limitación cuantitativa. (art. 50 de la Ley 35/2006).

4. Que las pensiones compensatorias se hayan abonado en el ejercicio fiscal que pretende reducirse de la base imponible, de tal forma que las no abonadas en un ejercicio fiscal no pueden reducirse de la base imponible al operar este límite temporal. Ahora bien, si por causas no imputables al contribuyente, se cobrasen en un periodo impositivo posterior, de acuerdo con el artículo 14.2.b) de la Ley 35/2006 podrían imputarse al ejercicio fiscal correspondiente, mediante una declaración complementaria de aquel año en que debieron haberse percibido. Si no se ha abonado la totalidad o parte, por encontrarse pendiente de una resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía. Los importes no satisfechos se imputarán al periodo impositivo en que aquella adquiera firmeza (Art. 14.2.1 Ley 35/2006).

En el supuesto que el pago de la pensión compensatoria se realice mediante la entrega de la parte que le corresponda en la vivienda habitual, la valoración de la pensión compensatoria se efectuará por el valor de mercado, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 35/2006, debiendo tener presente que la transmisión de tal bien producirá en el pagador una ganancia o pérdida patrimonial, que se calculará conforme a lo dispuesto en el artículo 31 y ss. del mismo cuerpo legal tal como dispone la DGT en CV0368-12 de 21 de febrero de 2012⁽⁹⁾.

(7) STS, s. 3.^a de 22 de julio de 2024 núm. 1369/2024. Ponente: Dimity Teodoro Berberoff Ayuda. Id Cendoj: 28079130022024100261. Roj: STS 4251/2024 – ECLI: ES: TS:2024:4251.

(8) STS, s. 3.^a de 23 de julio de 2024 núm. 1397/2024. Ponente: María de la Esperanza Cordoba Castroverde. Id Cendoj: 28079130022024100260. Roj: STS 4248/2024 – ECLI: ES: TS:2024:4248.

(9) RDGT a CV0368-12 de 21 de febrero de 2012.

b) En la esfera del PERCEPTOR, las repercusiones fiscales varían según la forma de pago.

b.1 Si la pensión compensatoria se percibe mediante pago periódico en dinero, la misma se encuentra sujeta al Impuesto sobre la renta de las personas físicas como rendimiento del trabajo, tal como dispone el artículo 17.2.f de la Ley 35/2006, siempre que supere el límite mínimo, debiendo tenerse en cuenta los supuestos en que no existe obligación de declarar y que se regulan en el artículo 96 de la Ley 35/2006.

b.2 Si la pensión compensatoria se percibe en un pago único en dinero, esto es, se trata de una pensión en forma de capital o prestación única, el perceptor debe declararlo en el impuesto sobre la renta de las personas físicas como rendimiento del trabajo con una reducción del 30 % si se califica como renta irregular hasta 300.000 euros anuales, tal como dispone el artículo 18 de la Ley 35/2006.

En algunos divorcios o separaciones, esa cantidad única se ha pactado su fraccionamiento en 5 pagos anuales, a abonar al final del ejercicio. En este caso, la Dirección General de Tributos en Resolución a la CV 0232-08 de 6 de febrero de 2008⁽¹⁰⁾, no estimó aplicable la reducción del 40 % sobre cada uno de los pagos anuales que va a percibir, al considerar que las prestaciones no están vinculadas con la existencia de un periodo de generación y no pueden considerarse incluidas en los rendimientos del trabajo obtenidos de forma irregular al ser necesario imputarse en un único periodo impositivo (art. 11 del Reglamento del Impuesto sobre la renta de las personas físicas aprobado por RD 439/2007 de 30 de marzo).

b.3 Si el pago se realiza con la entrega de un bien privativo del pagador, se producirá una alteración patrimonial en la esfera del pagador.

2 ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 1438 CC

El artículo 1438 del Código Civil establece:

«Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

(10) RDGT a CV0232-08 de 6 de febrero de 2008.

En el presente apartado se analizan las repercusiones fiscales que pueda tener la indemnización del artículo 1438 CC⁽¹¹⁾ y el pago mediante la adjudicación de la vivienda habitual del matrimonio⁽¹²⁾.

Pensemos en el siguiente supuesto: «Ana y Juan adquirieron el inmueble que constituye la vivienda habitual del matrimonio al 50 % proindiviso en el año 1990 por un valor de 200.000 euros. Ana en el convenio regulador del divorcio homologado mediante sentencia de divorcio de 12 de julio 2023 se adjudica el 50 % propiedad de Juan en pago de la indemnización del artículo 1438 del CC».

a) En el perceptor, esto es, en el adjudicatario de la vivienda familiar en pago de la indemnización del artículo 1438 del CC, Ana, NO TRIBUTA POR el Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas.

Ahora bien, si la indemnización del artículo 1438 del CC se paga mediante la adjudicación de bienes divisibles o que no son la vivienda habitual del matrimonio si tributaria por el Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas.

Tampoco el perceptor debe tributar nada por el impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana al no ser sujeto pasivo del impuesto.

a) En el pagador Juan, no tributa por ITPO al no ser sujeto pasivo del impuesto ni por el IIVTNU.

Si la adjudicación en pago de la indemnización del artículo 1438 del CC se realiza en cumplimiento de una sentencia de divorcio, no comportará el pago del Impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza

(11) Sobre la indemnización del artículo 1438 CC entre otros, ver VERDERA IZQUIERDO, B., «La compensación económica derivada del trabajo doméstico», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 209 ss.; CUENA CASAS, M., «Comentario al artículo 1438 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, T. VII, Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, SANTOS MORÓN, M.ªJ., «Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿dos caras de una misma moneda?», *Indret*, enero, 2015; CUENA CASAS, M., «Las “sorpresas” del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico», *Hayderecho.com*, 2016 (<https://www.hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/>); ARRÉBOLA BLANCO, A., *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019; CARDÓS ELENA, J. M., «Cuantificación y pago de la compensación por trabajo doméstico del artículo 1438CC en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 37, 2024, pp. 132-159; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «El trabajo para la casa y su compensación económica en el régimen matrimonial de separación: algunas perplejidades que suscita la aplicación judicial del artículo 1438 CC» *Actualidad civil* núm. 1, 2024.

(12) La STS, Sala 1.ª, de 11 diciembre 2019, dispuso que la compensación «no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma», lo que permite el pago mediante la adjudicación de la vivienda familiar.

urbana, tal como dispone el artículo 104.3.2 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL):

«No se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes.

Tampoco se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico matrimonial».

No se produce una transmisión patrimonial, ni a efectos civiles ni a efectos fiscales, sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente.

Aun cuando en estos momentos no se tributa en el IIVTNU, en la futura transmisión del inmueble adjudicado-vivienda habitual por el adjudicatario, deberá abonar el impuesto que se calculará para determinar el incremento desde la fecha en que fueron adquiridos y no en la fecha en que se produce la adjudicación a cada uno de los cónyuges, de tal forma que el pago del impuesto se difiere hasta el momento en que se produce la transmisión por el adjudicatario.

Este es el criterio que viene sosteniendo la Dirección General de Tributos en las consultas vinculantes V1664-10 de 20 de julio de 2010; V3342-15 de 28 de octubre de 2015, V1296-18, de 17 de mayo de 2018. Consulta sin contenido al ser reemplazada por la consulta número V1510-18.

b) ¿Tiene alguna repercusión en el IRPF?

El artículo 33.3 d) Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE del día 29), en referencia a los supuestos donde se estima que no existe ganancia o pérdida patrimonial, dispone lo siguiente:

«En la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan compensaciones, dinerarias o mediante la adjudicación de bienes, por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges.



Las compensaciones a que se refiere esta letra d) no darán derecho a reducir la base imponible del pagador ni constituirá renta para el perceptor.

El supuesto al que se refiere esta letra d) no podrá dar lugar, en ningún caso, a las actualizaciones de los valores de los bienes o derechos adjudicados.».

De acuerdo con lo anterior, a efectos del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, la cuantía de la compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil, establecida en la sentencia o en el convenio ratificado judicialmente correspondiente al procedimiento de divorcio, no constituye renta para su perceptor ni reduce la base imponible del cónyuge obligado a satisfacerla tal como estima la RDGT en la consulta vinculante V0597-24 de 9 de abril de 2024⁽¹³⁾ así como en la CV1523-24 de 20 de junio de 2024⁽¹⁴⁾ que continúan el criterio ya establecido en las CV 2854-15 de 2 de octubre de 2015 y CV3949-15 de 10 de diciembre de 2015⁽¹⁵⁾.

Aplicando la normativa vigente al supuesto inicial, tenemos que JUAN, en su IRPF no reduce la Base Imponible del pagador y tampoco hay alteración patrimonial (No plusvalía en IRPF que queda latente), y no tributa por plusvalía municipal, al realizarse en cumplimiento de sentencia de divorcio. ANA: En su IRPF no está sujeta la operación. No es renta para ANA. No tributa por TPO al ser bien indivisible y constituir vivienda del matrimonio. Tampoco es sujeto pasivo de plusvalía municipal.

Cuando ANA enajene su bien, en su IRPF sí existe incremento patrimonial, es decir que cuando lo venda, tributará en su IRPF por la totalidad del incremento patrimonial tomando en cuenta el valor de adquisición en año 1990 y el valor de venta en el momento en que lo venda y abonará la plusvalía municipal que no abonó Juan pues para su cálculo se tomará en cuenta el valor que tenía el inmueble en el año 1990.

Se puede concluir que la indemnización del artículo 1438 CC no comporta pago en el IRPF, al no considerarse renta, ganancia no sujeta. No comporta pago en ITPO, pero si puede comportarlo si no se satisface

(13) RDGT a CV 0597-24 de 09/04/2024 El consultante es un empresario persona física, casado en régimen de separación de bienes, con actividad económica de promoción y compraventa de viviendas, sujeto pasivo de IVA, que ha realizado recientemente una promoción de viviendas, ya totalmente construidas. En el acuerdo de divorcio pretende acordar con el otro cónyuge, además de abonarle en efectivo mensualmente un pago en concepto de pensión alimenticia para los hijos, entregarle una de las viviendas recientemente construidas en concepto de pensión compensatoria (art. 97 CC), y por último entregarle otra de las viviendas recién construidas en concepto de compensación según el artículo 1438 CC.

(14) RDGT CV 1523-24 de 20/06/2024. En este supuesto la indemnización del artículo 1438 CC vino impuesta en una sentencia de divorcio.

(15) RDGT CV 2854-15 de 02/10/2015 y RDGT a CV3949-15 de 10/12/2015.

adjudicando bienes indivisibles o la vivienda habitual. Puede comportar pago en el IIVTNU, si no se satisface en cumplimiento de una sentencia de divorcio.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, M. P., «Criterios para la atribución de la pensión compensatoria», *Revista Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* núm. 122, 2023, pp. 227-242.
- ARRÉBOLA BLANCO, A., *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019.
- CARDÓS ELENA, J. M., «Cuantificación y pago de la compensación por trabajo doméstico del artículo 1438CC en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 37, 2024, pp. 132-159.
- CUENA CASAS, M., «Comentario al artículo 1438 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, T. VII, Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «Las “sorpresas” del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico», *Hayderecho.com*, 2016 (<https://www.hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico>).
- GIL CRUZ, E. M., y DÍAZ REDONDO, J. J., «Los alimentos entre cónyuges y la pensión compensatoria: sus distintas naturalezas y tratamiento fiscal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2011, pp. 111-129.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «El trabajo para la casa y su compensación económica en el régimen matrimonial de separación: algunas perplejidades que suscita la aplicación judicial del artículo 1438 CC», *Actualidad civil* núm. 1, 2024.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., *Estudio crítico de la pensión compensatoria*, Ed. Reus, Madrid, 2018.
- HERNÁNDEZ GUILJARRO, F., «La tributación de la pensión compensatoria como consecuencia de la separación o divorcio en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 (2), 2016.
- SANTOS MORÓN, M.^a J., «Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿dos caras de una misma moneda?», *Indret*, enero, 2015.
- VERDERA IZQUIERDO, B., «La compensación económica derivada del trabajo doméstico», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 209-250.



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES