

Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales

ROSA M. ANGUITA RÍOS
Prof. Contratada Doctora
Universidad de Jaén

RESUMEN

En todo procedimiento de separación matrimonial hay tres puntos de fricción: la custodia de los hijos, la pensión alimenticia y/o compensatoria y la vivienda familiar centro de convivencia donde han ido dirigidos la mayor parte de los ingresos. Sobre esta última tratan las siguientes líneas, en concreto en dar respuesta a la pregunta ¿a quién corresponde el uso de la vivienda en los supuestos de crisis matrimonial? Para ello combinamos las fuentes de las distintas soluciones (la voluntad de los interesados, el criterio legal y la interpretación jurisprudencial) con la diferentes situaciones jurídicas en las que se puede encontrar el inmueble (en dominio, compartido, individual o de un tercero, o en disfrute). Toda reforma legal conlleva un proceso que obliga, mientras tanto, a una reinterpretación del precepto en discordia, en este caso del artículo 96 CC, para adaptarlo a la realidad económico-social de las familias españolas. En este estudio se aconseja la temporalidad y la enajenación del inmueble para el desbloqueo de las situaciones de custodia compartida o donde el interés más necesitado de protección no es excluyente del interés del otro cónyuge.

PALABRAS CLAVE

Vivienda, familia, ruptura matrimonial, sociedad de gananciales, interés más necesitado de protección, arrendamiento.

SUMMARY

In every legal separation process there are three controverted points: child custody, alimony or compensatory support, and marital residence, where the couple has cohabited and most part of incomes have been laid out. This research paper is concerned with the marital residence. In particular, it aims to find an answer for the question of who belongs to use and occupancy of marital residence in matrimonial split-ups. In finding an answer to this question, we combine the different sources (spouses' agreement, legal criteria and case law) with the different legal situations maybe the real estate is (fee simple, tenancy in common, sole owner, third-party owner, quite enjoyment). Every legal reform involves a process, which makes necessary a re-interpretation in the meantime of the discussed provision –in this case, article 96 of Spanish Civil Code– in order to adapt it to the current economic and social situation of Spanish families. In this paper we advise temporality and sale of real estate for the breaking of the deadlock in joint custody situations, or in those cases where protection of one spouse's best interest does not exclude protection of the other spouse's interest.

KEY WORDS

Real estate, family, matrimonial breakdown, community property, protection of one spouse's best interest, renting.

SUMARIO: I. *Estado de la cuestión ¿es necesaria una reforma legal?*
 II. *Atribución del uso de la vivienda.* 1. *Atribución convencional del uso de la vivienda.* 2. *Atribución judicial del uso de la vivienda.*
 a) *Análisis del artículo 96 del Código Civil.* b) *Inscripción en el registro de la propiedad del derecho de uso.* c) *Contribución a los gastos de la vivienda tras la nulidad, separación o divorcio.* d) *Disposición de la vivienda común tras la separación, divorcio o nulidad.*—III. *Vivienda familiar arrendada por uno de los cónyuges.*—IV. *Vivienda familiar propiedad de terceros.*

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN ¿ES NECESARIA UNA REFORMA LEGAL?

Uno de los aspectos más controvertidos de las crisis matrimoniales que acceden a los Tribunales es la cuestión relativa al uso de lo que fue hasta ese momento la vivienda familiar, porque constituye uno de los mayores gastos que ha de afrontar la familia y porque es la forma de mantener el *status quo* tras la ruptura. La regulación

legal así lo refleja, siendo una de las cuestiones que ha de valorar el Juez ya sea antes de la demanda de separación o divorcio, ya durante el proceso, ya al finalizar el mismo.

A quién corresponderá el uso de la vivienda será una cuestión que se determinará en la sentencia que decreta la separación o el divorcio, sea contenciosa o amistosa, pero no es una cuestión exclusiva de la misma, sino que ya se ha podido plantear cuando tan sólo existía la mera intención de solicitar la separación o divorcio (art. 104 CC), o al aceptar la demanda como medida protectora de los cónyuges mientras se resuelve el pleito (art. 103 CC). Recordemos que el artículo 103.2 CC dispone que tras la interposición de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, el Juez decidirá, como medida provisional mientras dure el proceso, cuál de los cónyuges debe continuar usando la vivienda familiar. Y en esta misma línea el artículo 104 CC preceptúa que esta medida podrá adoptarse incluso antes de interponerse la demanda, como medida provisionalísima, si bien, para seguir siendo efectiva será necesario presentar la demanda en un plazo de treinta días. Por lo tanto, podemos observar como incluso antes de dictarse la sentencia definitiva, el Juez ya tiene que tomar decisiones sobre la vivienda, atribuyendo su uso a uno de los cónyuges, sin hacer distinción, según entendemos¹, entre la vivienda en propiedad de uno de ellos o la vivienda arrendada por uno solo de los cónyuges.

Y no solamente eso, sino que el Juez de Instrucción, dentro de las medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica y amparado por la Ley 27/2003, también va a poder entrar a valorar esta situación familiar respecto a la vivienda cuando el cónyuge sea víctima de violencia doméstica y no exista pronunciamiento civil al respecto. Medidas que podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, y el régimen de prestación de alimentos (art. 544 ter apart. 7 LECrim²), teniendo una vigencia de treinta días, salvo iniciación del correspondiente proceso matrimonial en cuyo caso se prorrogarán treinta días más a contar desde la presentación de la demanda. Todo ello sin perjuicio de la competencia que corresponda a los Juzgados de

¹ En contra DÍAZ MÉNDEZ, LEGIDO LÓPEZ y LOMBARDÍA DEL POZO (*Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: aspectos sustantivos y procesales. –Comentario urgente a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre–*, Granada, Comares, 1995, pág. 59) que sostienen la no aplicación del artículo 15 LAU en sede de medidas provisionales o provisionalísimas por no tener carácter definitivo.

² Artículo añadido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

Violencia sobre la Mujer³, quienes también podrán adoptar estas medidas dentro de sus competencias civiles, además de penales⁴. La violencia ejercida en el entorno familiar obliga a buscar una acción integral en los juzgados que aúne medidas cautelares penales sobre el agresor y medidas protectoras de índole civil que evite el desamparo de la víctima y su familia. No se trata ya de atender al interés privado de la víctima, sino al interés público consistente en garantizar, rápidamente, una cierta estabilidad psicológica y económica de aquellas personas que, además de ser víctimas directas o indirectas de la violencia, se ven inmersas en unas circunstancias que rompen las relaciones afectivas o de seguridad que hasta aquel momento formaban parte de su vida⁵.

La vivienda junto con la determinación de la custodia y de la pensión son el eje de estos procedimientos.

Por lo tanto, ya conocemos que la vivienda es una de las cuestiones más peliagudas que ha de afrontar la pareja y que la conflictividad a la que puede llegar la falta de acuerdo sobre la cuestión exige a los Tribunales civiles, y a veces penales como hemos señalado, una intervención activa para dirimir el conflicto. Pero, ¿qué se entiende por vivienda?, ¿cuáles son los criterios de atribución?

Se entiende por vivienda aquella donde de modo permanente y estable, y como centro de la convivencia íntima, han venido habitando los esposos e hijos hasta el momento de producirse la crisis matrimonial⁶. La vivienda no es un mero concepto patrimonial, sino un bien adscrito al servicio del conjunto familiar, independientemente de la titularidad de aquélla.

Los anexos, entiéndase el trastero, el garaje o terrenos anejos, se han de atribuir junto a la vivienda familiar cuando se obtenga una

³ En caso de que por no existir Juzgado de Violencia sobre la Mujer en el término judicial, por no contar con un horario de guardia o por los casos cuyo ámbito subjetivo queda fuera de la competencia de este juzgado especial, los Juzgados de Instrucción serán competentes. Sobre la competencia de estos Juzgados, ver a MOLINA GIMENO, F.J.: «Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO 1/2004 (RCL 2004, 2661) de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 741/2007.

⁴ UTRERA GUTIÉRREZ, J.L.: «Aspectos Civiles de la violencia doméstica. Coordinación entre la jurisdicción civil y la penal», en *Encuentros «Violencia Doméstica»*, CGPJ, Madrid 2004 (Ponencias presentadas en los Encuentros sobre Violencia Doméstica celebrados en Madrid, septiembre-octubre 2004, págs. 286 y ss.) y GARCÍA ABURUZA, M.P.: «La violencia doméstica desde el ámbito civil», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11/2009.

⁵ Sobre estas cuestiones de competencia y sobre el ámbito de aplicación del artículo 544 ter LECrim, ver a SERRANO MASIP, M.: «Efectos negativos de la proliferación de normas reguladoras de medidas cautelares y de protección aplicables a la violencia de género», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 1/2007.

⁶ Es un concepto que no está relacionado con el de titularidad, pues existen sentencias que contemplan como vivienda familiar la privativa de la esposa donde venía residiendo el matrimonio, a pesar de existir otra vivienda propiedad de la sociedad de gananciales (SAP de Pontevedra, de 23 de enero de 2007).

utilidad directa por los ocupantes de la misma (la cochera para guardar el vehículo familiar, el parterre que utilizan los hijos como lugar de juegos, etc.), sin que sea el criterio determinante que la finca conste como unidad registral independiente. Entiéndase la atribución de los anexos al cónyuge que disfruta de la vivienda por el aprovechamiento relacionado que obtiene. Si la utilidad que se le da a estas zonas es independiente consiguiendo a cambio un beneficio económico (arrendando, por ejemplo, la cochera), su atribución no encajaría en los criterios del artículo 96 CC, sino que se trataría de una medida de administración, propia del artículo 103 apart. 4 CC⁷.

Más problemática resulta la consideración de vivienda familiar a la que aún no ha sido ocupada por encontrarse en construcción o por no haberse mudado aún la familia. Moreno Velasco⁸ lo excluye de esta categoría jurídica por no aparecer el inmueble como el núcleo de la vida en común, sin embargo, hay sentencias en sentido opuesto⁹.

La vivienda puede corresponder a quien quede en la guarda de los hijos, a uno de los esposos por tiempo determinado, ya sea titularidad de uno o de los dos, a ambos cónyuges compartiendo su uso o de forma alternativa hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. En cualquier caso, son tantas las soluciones como casos y necesidades distintas que atender en cada situación.

En toda esta discusión de trasfondo legal tenemos al artículo 96 CC que establece las pautas que ha de seguir el Juez ante la ausencia de acuerdo entre los cónyuges sobre la vivienda. Partiendo de que toda decisión tomada por tercero ajeno a la relación será traumática para alguna de la partes, el Juez resolverá atendiendo al interés de los hijos y, a falta de estos, del cónyuge cuyo interés sea más necesitado de protección.

Recogiendo todo lo dicho hasta ahora, resulta que el destino de la vivienda es uno de los «puntos más calientes» en todo proceso de separación y, pese a ello y precisamente por ello, es difícil llegar a un acuerdo sobre quién disfrutará la vivienda, teniendo que decidir entonces una persona que sólo conoce datos objetivos sobre la pareja (la edad, la capacidad laboral o el nivel de ingresos). La decisión será difícil y, en la mayoría de los casos, no gustará a todos.

⁷ Ver SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de mayo de 2006 (JUR 212678).

⁸ «Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho», en *Diario La Ley*, núm. 7.105, febrero de 2009.

⁹ Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Jaén, de 28 de abril de 2005 (JUR 148995), que considerándolo como el único bien ganancial al que han ido dirigidos la mayor parte de los ingresos de los esposos, la intención manifiesta de convertirse en domicilio familiar, la habitabilidad y su ubicación son razonamientos suficientes para atribuir el uso de esta vivienda en construcción a la esposa e hijos.

Actualmente podemos destacar el malestar social que existe por los fallos que ponen fin a estos procesos, por el automatismo con que se resuelven los casos, por el trato recibido por quien es cónyuge-mujer-madre. De la separación resulta en muchas ocasiones un desequilibrio económico en perjuicio del marido al atribuirse la custodia a la madre y, por ende, el uso de la vivienda por residir con los hijos. Entonces, el esposo tiene que contribuir al pago del préstamo hipotecario de una vivienda que no sabe cuándo recuperará, atender el gasto que le genera abandonar el domicilio familiar y demás cargas originadas por la ruptura matrimonial.

El problema generado no es directamente achacable al artículo 96 CC. No creemos que sea necesaria una reforma inmediata del precepto para evitar estos perjuicios. La solución viene de la mano de la interpretación del mismo. Según el artículo 3 CC las normas se interpretan atendiendo al tenor literal de las palabras, al contexto, a los antecedentes históricos y a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En estos momentos, sobre la interpretación sociológica es donde debemos volcar mayor atención. Ahora que se comparten responsabilidades, tareas y custodias, tras la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio; ahora que la mujer goza de una mayor independencia y tiene la libertad y la preparación para acceder al mundo laboral, es el momento de buscar un sentido acorde a la aplicación del artículo 96 CC. Así lo están haciendo las últimas sentencias al limitar en el tiempo el disfrute de la vivienda a favor de uno de los cónyuges, para que pasado este plazo los dos esposos, si son titulares, puedan acceder a la parte del precio que corresponda tras la liquidación del inmueble. Como temporales son también las pensiones compensatorias atendiendo a la duración efectiva de la convivencia, la edad del cónyuge y las posibilidades de rehacer su vida. En muchas ocasiones, el interés más necesitado de protección no es el de uno de los cónyuges, a veces, el interés de uno de ellos no excluye el del otro, sino que la protección ha de ir dirigida a ambos, por lo que ambos tendrán que acceder a los beneficios del uso o del precio obtenido tras la venta. Cuando el Juez no determina el uso o fija su carácter alternativo, lo que se pretende es inducir a las partes a la liquidación del bien. De esta situación se hace eco Manzana Laguarda¹⁰ que sumando determinadas circunstancias como la edad de los cónyuges, la escasa duración del matrimonio, la inexistencia de hijos y la titularidad compartida de una vivienda cuyo préstamo difícilmente terminarán de abonar, descripción de una realidad hoy muy fre-

¹⁰ «La atribución del uso de la vivienda familiar (criterios judiciales)», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2007.1

cuente, permite inclinarse por la no atribución del uso de la vivienda a ninguno de los esposos con la finalidad de favorecer la efectiva división de la vivienda, bien a través de su venta, bien a través de la adjudicación a uno de ellos.

Es cierto que la ley atribuye el uso al cónyuge custodio, pero nada dice sobre la temporalidad, no puede ser ésta una medida definitiva. La atribución del uso de la vivienda no puede ser indefinida, sino que está sometida al principio de temporalidad. La duración se entiende mientras subsista la necesidad de ocupación y no cambien las circunstancias que motivaron tal decisión.

La custodia de los hijos ha sido la llave que otorgaba la vivienda familiar en los procesos de separación y divorcio. Con la custodia compartida el panorama legal se ha de adaptar, pues el artículo 96 CC estaba pensado para la guarda y custodia unilateral. Ante estos casos caben tres pronunciamientos judiciales, criterio judicial al que remite el número dos del artículo 96 cuando alguno de los hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro. Serían los siguientes. Uno, que los hijos permanezcan en la vivienda familiar y sean los padres los que se desplacen en los periodos establecidos, entonces la vivienda se atribuirá a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en su custodia, quien será además el que asuma los gastos de la casa familiar, salvo pacto en contrario. Dos, que sean los hijos los que cambien de domicilio, en cuyo caso se atenderá al interés más necesitado de protección para atribuir el uso de la vivienda, pudiendo limitar en el tiempo esta atribución. Y tres, que el Juez no asigne la vivienda a ninguno de los esposos, propiciando, en estos casos de titularidad compartida, la división de la comunidad.

Ciertamente no consideramos la inminencia de una reforma, pero sí aconsejamos una actualización del precepto. La jurisprudencia ha demostrado que tras las reformas en materia de Derecho de familia se puede seguir atendiendo a estas situaciones de crisis matrimonial con el material legal del que disponemos. Muchas cuestiones doctrinales, por ejemplo la naturaleza del derecho de uso y su inscripción, están empezando a ser pacíficas, por lo que un pronunciamiento legal que careciese de la suficiente concreción supondría un retroceso. No obstante, muchos autores instan a la reforma de un artículo tan problemático. En este sentido tendríamos que partir de un presupuesto clave: es imposible que la letra de la ley contemple el ingente número de circunstancias y situaciones que pueden aconsejar la determinación del uso. Por tal motivo, se acompañará el precepto, inevitablemente, de una cláusula de estilo que venga a decir, como lo hace actualmente, que «se resolverá lo

procedente». Y tal vez, precisamente por la variedad de supuestos, no sea aconsejable recoger de forma taxativa a quién debe ir atribuida la vivienda, sino que se recoja textualmente, a modo de la legislación belga, el criterio general de atender al interés de la familia unido, en su caso, al interés profesional y, en cualquier caso, quede garantizado siempre el derecho de habitación del menor¹¹.

En cualquier caso, esa reforma tendría que ser suficiente para dar solución a las situaciones de custodia compartida, los casos de atribución de la vivienda a uno de los cónyuges perteneciendo a ambos la titularidad del inmueble y ser más explícito en la determinación del plazo de uso. Teniendo bien claro que, en cualquier caso, ya sea en la regulación actual como en la futura, la atribución del domicilio familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden no es una medida imperativa y de aplicación automática. Incluso se podría abrir el abanico a otras opciones, como se hace en Inglaterra y Francia, al conceder la vivienda en arrendamiento al cónyuge no propietario cuyas circunstancias lo aconsejen.

En las siguientes líneas atendemos a las distintas situaciones en las que se puede encontrar el inmueble tras la ruptura matrimonial. No queremos exponer una relación de sentencias¹², sino recoger, atendiendo a la jurisprudencia, los puntos que puedan resultar más conflictivos. Nuestra intención es la expositiva, la aplicación práctica de la Ley por los Tribunales, sin profundizar en el debate científico doctrinal que algunas cuestiones han generado.

II. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

1. ATRIBUCIÓN CONVENCIONAL DEL USO DE LA VIVIENDA

Tras la reforma operada por la Ley 15/2005, la suspensión de la vida en común de los cónyuges como la disolución del matrimonio se hacen depender exclusivamente de la voluntad de quienes ya no desean seguir unidos por ese vínculo, sin que se exija otra condición que el mero requisito temporal consistente en que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. El Juez ya no tiene que revisar la concurrencia de las causas legales estableci-

¹¹ Sobre las claves de una futura reforma, ver los distintos Encuentros entre jueces y magistrados de familia, fiscales y secretarios judiciales con abogados de la Asociación española de Abogados de Familia recogidas en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 100, 2010 (abril).

¹² En tal sentido y sobre el comentario a las mismas, ver MURILLAS ESCUDERO, J.M.: «Crisis conyugales: limitaciones de uso de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008 (enero-febrero).

das en los antiguos artículos 82 y 86 CC para continuar con el procedimiento. La autonomía de la voluntad encuentra una mayor cabida en esta rama del Derecho considerándola como una herramienta eficaz para que la pareja resuelva asuntos de índole personal y patrimonial que puedan afectar a sus relaciones familiares.

En los procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo la intervención del Juez se limita a funciones de control. Control que se extiende tanto a la protección de los menores, principio rector de la regulación, como a los intereses de los propios cónyuges, en evitación de pactos leoninos o gravemente perjudiciales. Por consiguiente, la intervención judicial irá dirigida a garantizar la aplicación legal de los márgenes que señalan los artículos 90 y ss. Esta intervención debe respetar la autonomía concedida a los cónyuges para establecer las medidas oportunas en orden a la liquidación del patrimonio ganancial y establecimiento de la pensión compensatoria. Respetando estas cautelas, la intervención del Juez se limita a la homologación del convenio consiguiendo el mismo valor que los concluidos en los procesos contenciosos.

Si no existen hijos menores, el procedimiento en estos casos de acuerdo es extraordinariamente sencillo, pues se limita a la comprobación del requisito legal relativo al transcurso del período de tres meses exigido por el Código Civil y a la homologación de las medidas patrimoniales convenidas entre los cónyuges, cuyo convenio, por recaer sobre materia dispositiva que sólo a ellos afecta, no puede dejar de homologarse (salvo que fuera contrario a la ley o al orden público, artículo 1255 CC).

Si hay hijos menores o incapacitados, la tramitación ha de ser más compleja pues, atendiendo a su interés y al tener que afectarles forzosamente la resolución que se dicte, resultará necesaria la audiencia de los menores, si tuvieren suficiente juicio, así como, en su caso, la de los abuelos respecto del régimen de visitas y comunicación que les afecte, y en todo caso la del Ministerio Fiscal que asume por ministerio de la ley la representación y la defensa de aquéllos, lo cual exige arbitrar un trámite procedimental al que se alude en el artículo 777 apart. 5 LEC. Por otra parte, la propuesta de convenio, en lo que se refiera y afecte a los hijos menores o incapacitados, es materia sustraída a la disposición de los cónyuges que habrá de ser objeto de examen por el Tribunal para su aprobación, lo que puede requerir la práctica de pruebas para apreciar si procede o no aprobar en cada caso la propuesta que se formule. Cuando existan hijos menores o incapacitados la autonomía de la voluntad de los cónyuges no es completa, sino que queda, en todo

caso, sujeta al control del Juez, el cual se convierte en tutelador de los intereses de los hijos.

Las actuaciones relativas a la audiencia de los menores y a la práctica de las pruebas deberían desarrollarse sobre la base de las sencillas reglas procedimentales del juicio verbal, y en todo lo no previsto en el artículo 777 se observarán las normas generales sobre el régimen de los actos procesales contenidas en la LEC¹³.

Así pues, el convenio regulador y, por ende, el acuerdo sobre el uso de la vivienda puede correr una suerte diversa. Puede ser aprobado judicialmente, en cuyo caso el acuerdo de las partes cobra toda su validez jurídica derivada de la decisión judicial. Por el contrario, si no es aprobado, la decisión judicial sustituye al acuerdo de las partes. Lo que también sucederá cuando no se presente el convenio por tratarse de un proceso contradictorio, en cuyo caso lo que tendría que haber sido el convenio regulador se convierte en una resolución judicial que es preceptiva en todos los casos de separación y divorcio (art. 103 CC). Por último, puede ser aprobado en parte, en cuyo caso los cónyuges deben corregir el aspecto reprobado por el Juez a fin de darle un contenido que pueda ser aprobado judicialmente. Este rechazo judicial versará, tal y como hemos manifestado, en las cuestiones relativas a los hijos ya que en todo lo que sea estrictamente patrimonial, los cónyuges tienen toda la disponibilidad que la ley les otorga. También puede ocurrir que el convenio sea aprobado tal y como esté presentado por las partes y el Juez decida completarlo en los aspectos en los que los cónyuges han guardado silencio, sin necesidad de restarle toda validez a lo que sea jurídicamente correcto.

Una vez que el convenio es aprobado y homologado judicialmente, se le reconoce fuerza ejecutiva al quedar integrado dentro de una sentencia y considerado como título suficiente para acceder al Registro de la Propiedad. La falta de refrendo judicial no desmerece su consideración de negocio jurídico con eficacia *inter partes*¹⁴.

No obstante, hay ocasiones en que se desdice esta eficacia del convenio regulador negándole virtualidad al pacto contenido en él, caso de la promesa de donación de la parte indivisa de la vivienda a favor de los hijos del matrimonio que deja de ser eficaz, y así le da apoyo jurídico una sentencia¹⁵, por el cambio de voluntad del promitente, sin reconocer, como así hacen otras resoluciones, que ese pacto engloba una pluralidad de contraprestaciones, de tal manera que todas ellas se complementan entre sí, hasta el punto de

¹³ Sobre la materia v. MONTERO AROCA, FLORS MATÍES y ARENAS GARCÍA: *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, Tirant lo Blanch, 2006.

¹⁴ SAP de Castellón de 19 de abril de 2005 (JUR 132330).

¹⁵ STS 24 de enero de 2008 (RJ 218).

que, muy probablemente, las unas no se habrían pactado sin las otras¹⁶.

Más interesante resulta para el análisis jurídico los procesos contenciosos matrimoniales al tener que buscar un fundamento que justifique la decisión que no viene refrendada y acreditada por el acuerdo de los afectados.

2. ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA

a) *Análisis del artículo 96 del Código Civil*

El artículo 96 CC se refiere íntegramente a la vivienda tras la ruptura matrimonial y, en particular, a los criterios que ha de valorar el Juez en dichos casos.

El objetivo que nos marcamos al abordar este epígrafe no es el de realizar un exhaustivo análisis del precepto, para lo cual ya existen numerosos manuales y comentarios al uso a los que nos remitimos, sino un examen de aquellas cuestiones que por su actualidad y aplicación merecen una reflexión.

Apart. 1 y 2: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.»

Como bien queda dicho, los esposos en el convenio regulador han podido atribuir el uso de la vivienda y del ajuar familiar a uno de ellos (art. 90 CC). Pero si esto no ha sucedido o no ha habido acuerdo, la convivencia con los hijos determinará la continuidad en la vivienda. Y ello, en interés de los hijos, no del cónyuge asignado. La existencia de hijos menores provoca que la medida de atribución de la vivienda familiar sea de carácter asistencial y no económico, y que los tribunales no tengan en cuenta el carácter privativo o ganancial de la vivienda conyugal.

La fijación de la custodia conlleva básicamente la determinación de aquel de los progenitores que va a convivir y a compartir con el menor las situaciones cotidianas relativas a su educación y control. Su ejercicio, a diferencia del de la patria potestad que se

¹⁶ Recoge esta doctrina LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J.F.: «Nulidad de pacto de adjudicación de inmuebles a hijos comunes en convenio regulador (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 2/2008 de 24 de enero)», en *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 5/2008, Aranzadi.

refiere a cuestiones de mayor trascendencia, se desenvuelve en un quehacer cotidiano y doméstico que va a permitir al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con el hijo. En la práctica, cuando se debate acerca de la custodia de los hijos, lo que se está planteando además es el tema de la residencia. De tal manera que se invierte el razonamiento: con quien se quede a vivir el hijo será el progenitor que ejerza la tarea cotidiana de educación y control del menor.

Por lo tanto, tal y como está planteado el sistema en nuestra actual legislación, del otorgamiento de la custodia se hacen depender otras medidas de gran trascendencia generadoras de un alto grado de conflictividad entre los progenitores, tales como la atribución de la vivienda familiar y la designación del deudor de la pensión de alimentos. Así, el progenitor que se queda al cuidado de los hijos se ve favorecido con la atribución de la vivienda familiar mientras que el otro, además de quedarse sin la compañía de los hijos y sin vivienda, ha de contribuir al sostenimiento de los hijos comunes con el pago de la pensión de alimentos. Tal planteamiento, que si bien en determinados casos debe promoverse dadas las circunstancias que envuelven el caso, en otros no se presenta como la opción más acorde para satisfacer los intereses de las partes en conflicto. Existen otros modelos que, en atención a los diferentes supuestos y circunstancias, pueden igualmente tomarse en consideración para conseguir que con posterioridad a la separación o divorcio, ni los hijos vean fracturada su relación con uno de sus progenitores, ni los progenitores se vean excluidos del ejercicio de sus deberes y derechos paternales.

Las modalidades para atender a la custodia de los hijos son: la clásica, de reconocimiento de la custodia a uno de los progenitores y atribución de unos periodos de visitas; la atribución exclusiva de la custodia a uno de los cónyuges pero con el otorgamiento de un amplio derecho de visitas distinto del ordinario de fines de semana y periodos vacacionales; y la custodia compartida.

Que se le asigne a uno de los esposos la custodia del hijo o hijos determinará a quién corresponde el uso de la vivienda, pero qué sucede en los supuestos excepcionales de custodia compartida, y hablamos de excepcionales pues se han de dar una serie de condicionantes materiales y físicos para que hagan aconsejable este sistema de custodia¹⁷.

¹⁷ Por ejemplo, se desaconseja cuando la residencia de los padres no se encuentra en la misma localidad (SAP de Valencia, de 31 de mayo de 2006, JUR 259326); no se dan las condiciones emocionales o aptitudes necesarias entre los progenitores para poner en práctica una medida tan ventajosa como compleja; existe la oposición de cualquiera de las

La custodia compartida, aun cuando conlleve inconvenientes en el modo de vida y estabilidad física de los menores, puede resultar aconsejable en situaciones en las que ambos progenitores desarrollen tanto una aptitud suficiente para el cuidado y desarrollo del menor, como una actitud proclive y favorable a que el hijo común siga manteniendo una relación afectiva con ambos.

La custodia compartida presenta muchos interrogantes¹⁸, entre ellos quién se quedará con la vivienda familiar.

Asignándose la vivienda a los hijos, y cuando así lo haga aconsejable la estabilidad del menor, corresponderá el uso de la vivienda al que en ese periodo se encuentre en su compañía. De tal forma que, si la distribución de los periodos de guarda son por semestres¹⁹, durante esos meses usará la vivienda el progenitor que corresponda²⁰. Sin embargo, hay que reconocer que esta situación no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida. Entonces, si la decisión pesa sobre el Juez tendrá que tener en cuenta, por supuesto, el interés del menor y, en su caso, el interés más necesitado de protección para dirimir a cuál de los cónyuges favorecer con la medida: quién se queda en el hogar y quién tiene que buscarse otra vivienda aunque compartan custodia.

El motivo de entender que el órgano judicial ha de utilizar este criterio, «el más necesitado de protección», también en estos supuestos de guarda compartida es porque, según el apartado segundo del artículo 96, el Juez será quien resuelva lo procedente en los casos en que ambos progenitores mantienen la convivencia diaria con los hijos. Entonces, el criterio que debería poner en práctica es el segundo, recordemos que el primer criterio viene determinado por el que quede en compañía de los hijos, que marca el precepto recogido en el apart. 3 de este mismo artículo, esto es, atender a la situación del cónyuge más desfavorecido.

Hay situaciones que no plantean dudas. La STSJ de Cataluña, de 5 de septiembre de 2008 (RJ 2009/1449)²¹ fundamentó su fallo en la convivencia previa de la hija con la madre y en el nivel de ingresos de los progenitores para declarar el uso de la vivienda a favor de

partes implicadas; o es discutible su conveniencia cuando se trata de niños de corta edad (STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008, RJ 2009/643).

¹⁸ Sobre estas cuestiones ver, CAMPUZANO TOMÉ, H.: «La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales», en *Aranzadi Civil*, núm. 22/2004.

¹⁹ Los periodos pueden cambiar de unos casos a otros dependiendo de la situación. Hay sentencias que establecen la alternancia por periodos de un año y otras cada 15 días.

²⁰ SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007/228244) y SJPI n.º 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008 (AC1963).

²¹ Esta sentencia también se refiere a otras cuestiones casacionales atendiendo al Derecho foral recogido en el Código de Familia de Cataluña de 15 de julio de 1998.

la madre²². Es decir, estas circunstancias previas permiten adoptar una medida congruente respecto a la vivienda, acorde con la situación de hecho y con la Ley. Pero qué ocurre cuando no podemos decantarnos por una situación más protegible que otra, porque ambas partes trabajen, cuenten con un nivel aceptable de ingresos, tengan que hacer frente a partes iguales a los gastos de sus hijos, siendo irrelevante a estos fines el que una parte tenga unos ingresos ligeramente superiores a la otra, entonces, ante la falta de un interés susceptible de prioritaria protección no resta otra solución a la problemática suscitada que volver a la atribución del derecho de uso de la vivienda por períodos alternativos²³, o a uno de ellos por un tiempo prefijado en la sentencia, siempre y cuando no haya otro acuerdo entre los esposos. Es decir, cuando se demuestre que ambos intereses están necesitados de protección, sus recursos económicos son similares, ninguno tenga otra vivienda y la existente sea ganancial, en estos casos, lo mejor es que el Tribunal acuerde una atribución alternativa del uso, por años sucesivos, con posibilidad de modificación por un acuerdo de las partes ratificado judicialmente.

Cualquiera de estas opciones será mejor que la de compartir los progenitores la vivienda junto con los hijos. Se entiende sobre aquellos inmuebles en los que cabe una división material de la vivienda²⁴. La idea de separación o de divorcio es poco acorde con el mantenimiento del uso compartido de la vivienda familiar puesto que, existiendo crisis entre los cónyuges que les impiden seguir conviviendo juntos, el mantenerlos en el mismo espacio es un foco de tensiones. La experiencia ha demostrado que el hecho de la cercanía física no contribuye a solucionar los problemas o aliviar las tensiones derivadas de las rupturas. Ello implica que la atribución conjunta del uso de la vivienda a ambos cónyuges debe quedar reservada a supuestos excepcionales y siempre que existan poderosas razones y especiales circunstancias que lo hagan aconsejable y viable. Incluso la carencia de recursos o la falta de capacidad para acceder a un empleo no son razones suficientes que aconsejen la atribución conjunta.

Ya sea por evitar estas situaciones artificialmente creadas, ya sea porque no hay un exclusivo interés digno de protección, o ya sea por el cambio de mentalidad que la realidad económica y social impone a la hora de afrontar las rupturas matrimoniales, lo cierto es que la liquidación del bien ganancial y el reparto del beneficio entre ambos progenitores es otra de las opciones que empieza a

²² Determina también la atribución del uso en atención al criterio económico la SAP de Barcelona de 27 de julio de 2006 (JUR 2007/124388).

²³ SJPI de Madrid de 19 de julio de 2007 (JUR 276116).

²⁴ SAP de Santa Cruz de 23 de octubre de 1999 que admite la atribución conjunta de la vivienda por estar distribuida en dos plantas.

aplicarse cada vez con más frecuencia y más equitativa puede resultar cuando no existe una disparidad funcional entre las partes, aunque, en estos casos, pueda verse aumentada la contraprestación económica del cónyuge no custodio. Si la titularidad de la vivienda es de uno de los ex cónyuges, también podrá preservar sus facultades dominicales íntegras sin que se vean afectados por la cesión del uso a sus descendientes y cónyuge, utilizando para ello estas medidas que también prevé la regulación en materia de crisis matrimonial, así, por ejemplo, ampliando la dotación mensual en concepto de alimentos para facilitar el arrendamiento de otra vivienda. La prestación económica, en los casos en los que sea posible, puede contrarrestar la no atribución automática de la vivienda a los hijos y al cónyuge permitiendo otra suerte de soluciones.

Apart. 3: «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.»

De este precepto se infiere que, en ausencia de hijos, el criterio a seguir es el de que sea el cónyuge titular de los derechos sobre la vivienda el que, en principio, mantenga su uso, con la salvedad de que podrá atribuirse por el Juez el uso de la vivienda al cónyuge no titular de los derechos sobre ella, cuando las consecuencias del caso lo hagan aconsejable, siendo entonces su interés el más necesitado de protección.

La existencia de unas necesidades acuciantes determina la atribución del uso de la vivienda a su favor aun siendo propiedad del otro cónyuge, por supuesto, también sucederá cuando la titularidad sea compartida. Esto es, la decisión se adopta con abstracción de la cuestión de la titularidad.

Las circunstancias que pongan de relieve esta preferencia en el uso del inmueble pueden ser tanto económicas como profesionales o de tipo social. El Juez habrá de ponderar, por tanto, la necesidad del cónyuge no titular, sus medios económicos, su estado de salud e, incluso, su conducta dentro del matrimonio, así como las necesidades y medios del titular de los derechos sobre la vivienda. Desde la última reforma operada en julio de 2005 en el Derecho de familia, otra de las circunstancias que funcionará en sentido contrario, para excluir la atribución del uso al no titular del inmueble, será la escasa duración del matrimonio, reducido a tres meses como mínimo, siempre que no haya supuestos de violencia.

Pero, repetimos, en igualdad de condiciones, lo más razonable es que el cónyuge titular conserve el uso de la vivienda. Siendo

propiedad privativa de uno de los esposos, la necesidad que acredite el otro cónyuge ha de ser de tal naturaleza que haga imperiosamente necesaria su atribución temporal de uso, con privación de su propietario de un derecho inherente a su título de propiedad. «Faltando este último presupuesto, esto es, que su interés sea más digno de protección en el cónyuge no titular del derecho sobre la vivienda, ninguna medida sobre el particular podrá acordarse en su favor, continuando el otro tras la ruptura en el uso y disfrute de lo que le pertenece, sin necesidad de medida concreta alguna de atribución» [AP Córdoba de 19 diciembre 2000 (AC 2001/6)].

Lo determinante en estas circunstancias para acoger la opción del precepto, asignación de la vivienda al cónyuge no titular, es la situación económica y/o el estado de salud del cónyuge beneficiario.

Respecto al primero, se ha de tratar de una necesidad apremiante, si no fuese así, entendemos que no procede su asignación pues la casa no es suya. Necesidad que deriva de la falta de ingresos o de la escasez de los mismos. En cuanto al estado físico y psíquico del cónyuge se entenderá protegible no sólo por la dificultad de traslado, sino también por los gastos que la enfermedad le hace afrontar.

La atribución del uso de la vivienda familiar por sentencia judicial no puede perpetuarse indefinidamente, ya que el proceso matrimonial en modo alguno puede constituir una carga perpetua en el tiempo, aunque sea económica, para uno de los cónyuges. Por ello, ha de limitarse temporalmente el uso. Si el plazo fuese indefinido, las facultades dominicales de uno de los cónyuges, precisamente el no beneficiario por el derecho de uso, quedarían frustradas indefinidamente, trasgrediéndose los derechos de cualquier propietario recogidos en el artículo 348 CC, o los de cualquier comunero reconocidos en los artículos 392 CC y ss.

Si se fija con un plazo concreto, luego se extingue automáticamente²⁵. De no efectuarse esta acotación temporal, persistirá la tenencia mientras que se mantengan las necesidades dignas de protección²⁶. Así lo entiende la sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003 (RJ 7128) que considera que no es obligado fijar un término en casos en que la necesidad del cónyuge sea razonablemente duradera, manteniéndose mientras duren las circunstancias que la justifican.

²⁵ Pueden cuantificarse los años de uso o fijar un hecho determinante: la mayoría de edad de los hijos o la finalización de sus estudios.

²⁶ A este mismo criterio hay que atender cuando las partes pactan la atribución del uso de la vivienda (art. 90 CC) sin fijar un límite temporal. Habrá que mantener el uso hasta que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias de las partes del acuerdo.

En los casos de dominio compartido y, desde luego, cuando la titularidad es exclusiva de uno de los cónyuges, esta cuestión es una de las cosas en las que se tiene que avanzar, que la falta de establecimiento de un límite temporal sea una auténtica excepción. No obstante, las sentencias concentran en dos argumentos la ausencia de un pronunciamiento acerca del plazo cierto para el cese del uso. Por un lado, en que no puede ser prevista racionalmente una fecha en que la situación de precariedad económica deja de existir, ya que depende de circunstancias futuras e inciertas. Por otro lado, en que existen suficientes mecanismos legales para modificar una situación dictada en el proceso de separación o divorcio. Pero este último razonamiento se puede aplicar en ambos sentidos: tanto en un sentido negativo, para modificar una sentencia de divorcio que no fija un plazo de posesión para el cónyuge beneficiario por la incertidumbre económica que le rodea, como en un sentido positivo, para modificar una sentencia dictada en el proceso matrimonial en la que sí establece un plazo cuando éste se debe alargar al continuar la situación de precariedad que lo ampara.

Apart. 4: «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.»

La finalidad del apartado sigue siendo la misma que la del precepto donde se incardina: la protección de la vivienda familiar. Sería fácilmente eludible la medida judicial que decide sobre el uso de la vivienda, si el propietario lo transmitiese a un tercero de buena fe, ajeno al conflicto familiar. Por tal motivo, el Registro de la Propiedad también ha de contribuir al conocimiento puntual del estado posesorio del inmueble inscrito, como más adelante se tratará.

Varios autores reclaman una mayor atención a este aspecto del precepto sobre la limitación del poder de disposición del dueño o titular, puesto que la mayor parte de la doctrina se ha volcado, ante situaciones de conflicto familiar, en el estudio del uso. De hecho, existe un mayor número de pronunciamientos judiciales sobre la situación en la que queda el tercero adquirente del inmueble ante la limitación de la facultad posesoria del titular, que ante la limitación de la facultad dispositiva.

El consentimiento del titular, o en su caso del Juez, debe ir dirigido a aquellos casos de disposición que pongan en peligro la situación del cónyuge y los hijos tras la ruptura. Para ello hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes al caso, para así determinar si existe un perjuicio para el titular del uso de la vivienda familiar, cuya protección constituye la finalidad del precepto. Así, por

ejemplo, no será necesario requerir el consentimiento del no titular cuando se transmite la nuda propiedad por el titular, sin que quede afectado el uso. Si el tercero conoce y acepta la situación, la prohibición de disponer decae porque su finalidad, el mantenimiento del *status quo* de la familia, se consigue. La atribución de la vivienda a unos miembros de la familia, limita la facultades de disfrute del propietario, pero no de disposición si lo hace compatible con el uso.

Restringir, no privar, las distintas opciones de disposición que tiene el dueño deben ser en estos casos, más que en ningún otro, limitados en el tiempo, como así también se ha defendido para los supuestos de asignación del uso al no titular de la vivienda. Este derecho de uso es temporal, mientras persistan las circunstancias que lo provocaron y, mientras tanto, el propietario carecerá de algunas de sus facultades, como las de uso y disposición.

Ante situaciones de normalidad matrimonial, el artículo 1320 CC recoge básicamente la misma restricción dispositiva que la que analizamos para los casos de crisis matrimonial, pero además añade un inciso referido a los terceros de buena fe («la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe») que no recoge el artículo 96 CC, pero que es de aplicación por analogía y en atención a los principios del derecho. Aunque no recoja previsión sobre el tipo de ineficacia que su contravención provoca, el tercero de buena fe ha de quedar protegido. La buena fe consiste en el desconocimiento de la existencia del derecho del cónyuge no titular. Y no sólo eso. Para la SAP de Córdoba, de 23 de mayo de 2002, también significa que no tuvo posibilidad de conocer la situación en la que se encontraba el inmueble tras la separación, considerando que la buena fe no puede presumirse en esta materia en la que ha de prevalecer el interés de la familia sobre la seguridad del tráfico.

La buena fe se destruye por la publicidad registral de los hechos o por la prueba del conocimiento de los mismos. Por ello, es fundamental que se inste por el cónyuge poseedor la inscripción de su derecho reconocido en sentencia judicial, en caso contrario la disposición del bien por el que es titular registral sin limitación en sus facultades dominicales según consta en el Registro no invalidará el acto dispositivo si no se conoce de ninguna otra forma la necesaria concurrencia del asentimiento del cónyuge no titular.

La afirmación de la sentencia TS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 10136) tiene sentido en base a las circunstancias que rodean al caso. Dice el Alto Tribunal que «la interpretación doctrinal que sostiene la naturaleza «*sui generis*» de la situación jurídica especial del ocupante en virtud del título que en este caso se contempla, cuyo

contenido debía ser integrado de acuerdo con los principios generales del derecho en armonía con el interés que la ley intenta proteger, de manera que, aunque el cónyuge propietario podía ejercitar sus facultades dispositivas, si enajenaba la vivienda, el tercer adquirente recibía la cosa con la carga de la ocupación y el ocupante (cónyuge no titular), sería considerado como un poseedor legítimo, interpretación plenamente aceptable pues, en otro caso, se primarían los actos fraudulentos del cónyuge propietario, a merced de cuya voluntad quedaría burlar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros poco escrupulosos en perjuicio del interés familiar más necesitado de tutela», afirmación correcta si se tiene en cuenta la mala fe del comprador tal y como quedaba probada en las otras instancias. El conflicto entre la protección que el artículo 1320 CC dispensa al núcleo familiar, y los derechos de quien adquiere protegido por la fe pública registral, artículo 34 LH, ceden a favor de este último aun en el supuesto de que el transmitente faltara a la verdad al manifestar que la vivienda no constituía vivienda familiar, de manera que la nulidad de la venta tan sólo es posible si el adquirente obró de mala fe, es decir, si conocía o estaba en situación de conocer, que la finca constituía vivienda familiar (SAP de Barcelona de 14 de marzo de 2007, JUR 132194).

La DGRN ha manifestado que el consentimiento exigido del consorte tiene el carácter de un asentimiento, que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir, concluido por otro, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte. «Por ello, habida cuenta que al prestar su consentimiento el cónyuge del disponente ni transmite ni realiza ningún otro acto de trascendencia tributaria, carece de justificación la exigencia de constancia de su número de identificación fiscal» (RDGRN de 7 de diciembre de 2007, RJ 2007\8526).

No ampara este precepto las disposiciones de la vivienda en régimen de proindiviso o de sociedad de gananciales, donde se ha de contemplar la división o liquidación de este régimen comunitario compatibilizándolo con la decisión judicial de atribución de la vivienda.

Se trata, por el contrario, de equilibrar las posturas de ambas partes cuando el inmueble es titularidad de uno de los ex cónyuges: por una parte, la posición del dueño que tiene un bien en propiedad del que no puede disfrutar y que, en la mayoría de las ocasiones, necesita de unos ingresos para atender a los nuevos gastos que ha generado su separación matrimonial; y por otra parte, la posición del cónyuge que ha quedado con el uso de la vivienda cuyas nece-

sidades ha reconocido la sentencia de separación al procurar el bienestar de los hijos o las necesidades propias. ¿Hasta qué punto se tienen que limitar las facultades de disposición del titular en pro del equilibrio material y emocional del cónyuge y de los hijos?

b) *Inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso*

Si bien no existe unidad doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de este derecho reconocido a los hijos y al cónyuge tras el proceso de separación, divorcio o nulidad, sí queda fuera de toda duda la constancia registral del mismo, pues así lo ha confirmado la jurisprudencia en múltiples ocasiones y se ha llevado a cabo en la práctica.

El fundamento de su inscripción en el Registro de la Propiedad está en dotar a este derecho de uso de oponibilidad frente a terceros, es decir, que todos puedan conocerlo y respetarlo; en evitar la aparición de terceros protegidos por el artículo 34 LH que harían perder el uso al cónyuge beneficiario; en proteger el interés familiar manifiesto tras la separación conyugal y en ajustar la publicidad de la situación jurídica del inmueble a la situación de hecho. Si el no titular inscribe la atribución del uso se concilia el derecho del propietario a vender o disponer de la finca y obtener un recurso económico y el del no titular a mantener el *status quo*.

El derecho de uso de la vivienda familiar constituye una limitación o restricción a la facultad de disposición del dueño, que en ningún caso puede disponer del inmueble sin consentimiento del cónyuge beneficiario del uso o autorización judicial, en su caso. Esta limitación tiene una eficacia *erga omnes* que sustenta su inscripción para los casos en los que la vivienda es titularidad del otro cónyuge. Si pertenece a ambos, el acto dispositivo tiene que recoger el consentimiento de los dos titulares. Si pertenece a terceros el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio sólo pueden alcanzar a los cónyuges y no a terceros.

En base al principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, no es posible extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él ni han intervenido de manera alguna para la defensa de sus intereses. En el ámbito registral, esta situación determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometan la titularidad inscrita, si no consta que el respectivo titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita tal asiento o haya sido parte en el procedimiento del que dimana, consecuencia del principio de tracto sucesivo que consagra el artículo 20 LH. Ya sea porque el bien fue cedido por terceros al

matrimonio durante la convivencia, ya sea porque la mitad indivisa de la finca aparece inscrita a favor de la persona adjudicataria de un procedimiento de ejecución, o ya sea porque el usufructo del inmueble corresponde a persona ajena a la relación, en cualquiera de estos supuestos no será posible inscribir la atribución del uso de la vivienda familiar por afectar a tercero ajeno a la relación familiar²⁷.

Este derecho que no es personal ni real, pues tampoco es patrimonial sino de carácter familiar, tiene una naturaleza especial que lo acerca más a un derecho real. Su peculiaridad reside en que el interés que protege, el de los hijos o cónyuge más desfavorecido, delimita su contenido y características, configurándolo como un derecho de ocupación que es oponible frente a terceros.

Para su inscripción registral será necesario la sentencia de nulidad, separación o divorcio por la que se aprueba el convenio regulador o, en su defecto, en la que se establezca directamente la atribución de este derecho conforme al artículo 96 CC²⁸. Entonces se practicará la correspondiente nota marginal que recogerá las limitaciones que afectan a la facultad de disposición y el plazo de duración (art. 96.2 RH). Si la atribución se recoge como medida cautelar, mientras se resuelve el procedimiento matrimonial, se practicará una anotación preventiva.

La inscripción se podrá anotar aunque la sentencia que resuelva el conflicto familiar se recurra por una de las partes. El artículo 774.5 LEC es claro al establecer que los recursos no suspenden la eficacia de las medidas acordadas en sentencia. Es decir, en los procesos matrimoniales, el recurso de apelación no tiene efectos suspensivos. Por lo tanto, con la sentencia de Primera Instancia ya se puede anotar el uso en el Registro de la Propiedad.

Lo importante en estos casos es destacar que el acceso al Registro de este derecho hace que su contenido sea oponible frente a terceros adquirentes. La constitución de una hipoteca posterior a la inscripción del uso obliga a los posibles rematantes a respetar la posesión de inmueble durante el tiempo estipulado en el convenio regulador homologado o sentencia. *A sensu contrario*, ante el supuesto de que el inmueble estuviese hipotecado con anterioridad a la atribución del uso por separación o divorcio de los cónyuges o que éste no haya accedido al Registro en su momento, el incumplimiento del crédito hipotecario por su deudor permite al acreedor la realización de valor del bien y al adjudicatario adquirir un inmueble sin ocupantes, por lo que la ejecución hipotecaria supondría el

²⁷ Ver resolución de 18 y 21 de enero de 2008 de la DGRN.

²⁸ Sobre los requisitos para la inscripción del derecho de uso, véase RDGRN de 19 de septiembre de 2007 (BOE 11 de octubre de 2007).

lanzamiento o desalojo del cónyuge y los hijos²⁹. En estos casos en los que los hijos se quedan sin la vivienda procedería la modificación de las medidas acordadas por los cónyuges o el juez.

Como ya se ha dicho, la inscripción del uso de la vivienda tiene por objeto evitar la disposición del bien por su titular defraudando el derecho del cónyuge y de los hijos a habitar tal vivienda. La defensa de este derecho se otorga sólo a dicho cónyuge, por lo que no es necesario reseñar las circunstancias personales de los hijos. Este último inciso lo recoge la RDGRN de 21 de junio de 2004³⁰ acerca de si es necesario que se especifique el nombre de los hijos favorecidos por el uso o basta una genérica referencia a los mismos, debate que no es pacífico pues, a criterio de Rodríguez de Almeida³¹, el principio de especialidad, que se suaviza ante este derecho de naturaleza *sui generis*, ha de comprender, además de la extensión y duración del mismo, la designación de los hijos como derecho de carácter familiar que es, evitando que el acuerdo de los cónyuges pueda privar a los hijos de la vivienda sin el debido control judicial o registral de la enajenación.

La solución depende de la consideración doctrinal que tengan los hijos del matrimonio al asignarle el uso de la vivienda: si son beneficiarios del derecho de uso o si son titulares del mismo. Es entonces, en este último caso, cuando tendrán que aparecer sus nombres en la inscripción quedando bajo control judicial los actos de disposición acordados por los progenitores. A efectos prácticos, se podría dar la siguiente situación: cónyuges separados o divorciados que deciden de común acuerdo enajenar o hipotecar la vivienda familiar cuyo uso está asignado a uno de ellos y a los hijos. El Registrador denegaría la inscripción de la escritura pública porque se está disponiendo de un derecho (de uso) perteneciente a un menor, para lo cual se concluye que es imprescindible la autorización judicial.

La consideración de los hijos como titulares de este derecho, lejos de constituir una protección jurídica para ellos, puede aparecer en ocasiones como traba para el desarrollo posterior de las rela-

²⁹ Doctrina del Tribunal Constitucional quien, en auto de fecha 4 de abril de 1995 y en aplicación de los principios hipotecarios, desestimó la demanda de amparo presentada por la beneficiaria del uso ante su lanzamiento como consecuencia del anterior artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por ser la inscripción del derecho de uso posterior a la hipoteca que se ejecutaba. Únicamente cabría oponer el uso conferido judicialmente en el caso de haber sido inscrito con anterioridad a la carga hipotecaria, conforme al artículo 94 RH, o bien demostrando que los adjudicatarios-adquirentes carecen de esa buena fe que se exige (SAP de Pontevedra de 25 de noviembre de 2005, JUR 2006/20741)

³⁰ BOE 8 de septiembre de 2004.

³¹ «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008 (noviembre, diciembre).

ciones jurídicas que tengan por objeto el inmueble. Pensemos en el supuesto real de atribución del uso a la esposa y a los hijos que quedan bajo su custodia. El convenio regulador liquida la sociedad de gananciales atribuyéndole la propiedad de dicha vivienda. La madre decide pedir un préstamo hipotecario sobre el inmueble para continuar con el negocio, fuente de ingresos de la familia. Entonces la entidad financiera le exigirá autorización judicial para inscribir la hipoteca con rango preferente a la anotación a favor de los menores. Lo que procedería en este supuesto es remover esa carga que pesa sobre el inmueble ahora que la beneficiaria del uso es la titular del bien. Podría alegarse la extinción del derecho de uso por confusión, tanto si se considera que tiene el carácter de derecho real (art. 513.3 CC) como si se entiende que no tiene ese carácter, pues las obligaciones se extinguen por reunirse en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor (arts. 1156 y 1192 CC). Para ello se presentará ante el registrador la escritura o documento acreditativo de la adjudicación del pleno dominio a la esposa. Si lo deniega por aparecer los hijos inscritos como beneficiarios, habrá que acudir al Juez para solicitar que libere el oportuno mandamiento de cancelación. En última instancia cabría acudir al oportuno juicio ordinario donde concurra el otro progenitor.

En cualquier caso, cuando un matrimonio con hijos decide por sí solo disponer de los bienes comunes sin consultar a los hijos menores ni autorización judicial, nadie se plantea la validez ni la legitimidad de dicha disposición. ¿Por qué esta consideración jurídica cambia cuando los cónyuges están separados o divorciados?

Ello supone la necesidad de determinar el alcance de la atribución a los hijos de tal derecho, esto es, el derecho de uso ¿a quién se atribuye?, ¿sólo al cónyuge?, ¿al cónyuge y a los hijos? Está claro que los hijos son beneficiarios de este derecho, pero la defensa de tal derecho se otorga sólo al cónyuge. Si los padres acuerdan disponer de la vivienda familiar pueden hacerlo con la misma libertad y autonomía que si entre ellos no hubiere separación o divorcio; igual que carece de interés inscribir tal derecho de uso cuando el cónyuge a quien se le atribuye ya es titular del pleno dominio, aunque el uso se atribuya también a los hijos menores de edad.

El titular del inmueble al que se le ha atribuido la custodia de los hijos puede disponer libremente de la vivienda de la que es propietario. La RDGRN de 14 de mayo de 2009 (*BOE* 9 de junio de 2009) afirma: « la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuida a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares (...) de ahí que se haya podido

afirmar que el derecho de uso queda extinguido si, como consecuencia de la liquidación de gananciales, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho».

Solución a la que también llega de la Puente de Alfaro³² tras analizar la naturaleza del uso que se atribuye a los hijos o al cónyuge. Según este autor, la atribución del uso confiere a un cónyuge y a los hijos, en su caso, la legitimación civil para ejercer las facultades posesorias que se deriven del título preexistente en el cónyuge titular. No hay derecho alguno sino ejercicio del derecho ajeno. La jurisprudencia y la doctrina ha viciado el debate denominando derecho de uso a lo que no es un derecho subjetivo en absoluto. Al no existir creación de título alguno, no se plantean cuestiones de titularidad. Ni el cónyuge ni sus hijos son titulares, sino que están legitimados para ejercer la facultad posesoria de un derecho, por eso carece de trascendencia la discusión de si es el cónyuge o son los hijos o ambos los titulares del mal llamado derecho de uso. Las sentencias en estos procesos se limitan a reconocer que la situación posesoria continúa en beneficio de uno de los cónyuges y de los hijos, mantiene el *status quo*, mientras que el Registro evita la aparición de terceros de buena fe, enerva la fe pública y extiende, ahora sí frente a tercero, una legitimación que ha cambiado de manos.

c) *Contribución a los gastos de la vivienda tras la nulidad, separación o divorcio*

En general, las economías familiares han mejorado en cuanto a ingresos, pero la presión del precio largamente aplazado de la vivienda y las muy superiores exigencias de consumo, convierten el factor dinerario en el centro neurálgico de la existencia del hombre y en el motivo de las discusiones familiares.

Una vez atribuido el uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico a uno de los cónyuges, atendiendo a los diversos intereses en juego, se plantea el problema de quién ha de soportar el gasto ocasionado por el uso de la vivienda. No hay que olvidar que la vivienda familiar tiene una serie de gastos normales derivados de las necesidades más vitales de higiene y de vida (luz, agua, gas, calefacción, teléfono, comunidad, etc.). Pero, también, es posible la existencia de gastos derivados de la adquisición o titularidad de la vivienda: impuestos, préstamos, seguros, precio aplazado, obras de mejora.

Los gastos comunes ordinarios, derivados de las necesidades más vitales, de la vivienda familiar atribuida a uno de los cónyuges

³² «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI*, núm. 698, noviembre-diciembre 2006, pág. 2372.

e hijos no pueden añadirse como carga del matrimonio al otro cónyuge. El pago de esos gastos, como señalan las Audiencias, es obligación del cónyuge a quien se atribuye el uso de la casa. No obstante, cabe un acuerdo entre los sujetos afectados por el que se estipule el pago por mitad de tales gastos, o bien que el no beneficiario de la atribución del uso pague alguno de esos gastos.

Los gastos derivados de la titularidad de la vivienda, en principio, dependen del régimen económico al que estén sometidos, así como de las circunstancias concurrentes en el caso. Si la vivienda familiar es ganancial y por tanto la titularidad es de ambos, el pago de tales gastos como precio aplazado, préstamos, obras, impuestos, etc., ha de ser realizado por ambos en partes iguales o al menos proporcionalmente a sus respectivas posibilidades. Así se manifiesta en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales.

La facultad de uso de la vivienda que tienen los hijos y el cónyuge no es asimilable a un derecho de usufructo, porque no es un derecho real. La falta de esta consideración impide su estimación como sujetos pasivos del impuesto sobre bienes inmuebles que será abonado por quien sea su titular o cotitulares³³. El cónyuge que tenga asignado el uso no tendrá que hacer frente al pago de este impuesto que grava la propiedad inmueble.

Por tanto, debe distinguirse entre los gastos afectantes o inherentes a la propiedad de la vivienda, de los relativos al mantenimiento y uso de la misma (abono de suministros y reparaciones ordinarias). Los primeros deben ser sufragados por el titular o titulares, con independencia de a quién corresponda el uso. Los segundos deberán correr a cargo del cónyuge que ostenta el disfrute del bien. Si bien conceptualmente queda bien diferenciado, hay algunas partidas o gastos que los pronunciamientos judiciales dudan en su caracterización. Así sucede con los gastos de comunidad.

Es un criterio acertado diferenciar, dentro de los gastos de comunidad y en el ámbito de las relaciones internas de los cónyuges titulares de la vivienda familiar de la que sólo uno disfruta de su uso, entre los gastos «ordinarios» de la comunidad de propietarios y los «extraordinarios». Esta distinción lleva precisamente a concluir que, si bien efectivamente los gastos extraordinarios afectan a la propiedad de la vivienda, en cambio, los gastos ordinarios son gastos atribuibles al mantenimiento y uso de la vivienda en cuanto afectan a la necesidad habitacional y, por tanto, no son incardinables dentro del concepto residual de cargas económicas del matrimonio, de manera que, salvo que se haya pactado o dispuesto lo contrario, será el cónyuge que tiene

³³ SAP de Ciudad Real de 16 de diciembre de 2004 (AC 2310).

atribuido este especial uso de la vivienda familiar quien debe correr con la totalidad de los gastos ordinarios de comunidad, y no ambos cónyuges por mitad e iguales partes (SAP de Álava de 27 de octubre de 2004³⁴).

La realidad, no obstante, es que si alguno de los cónyuges no tiene ingresos propios o éstos son muy escasos, por haberse dedicado a la familia e hijos o tener un empleo precario o a tiempo parcial, los Tribunales imponen el pago de estos gastos por entero al no beneficiario de la atribución, considerándolo como una carga del matrimonio que luego será tenido en cuenta en la liquidación del régimen económico. Asumir el gasto del crédito hipotecario pendiente una vez producida la crisis matrimonial dependerá del acuerdo conyugal o decisión judicial que tendrá en cuenta la capacidad económica de las partes (sueldo, pensiones y rentas gananciales). Se debe analizar la situación de ambos porque, a la vista de ello, el simple hecho de percibir la prestación por desempleo, por ejemplo, no será motivo suficiente para excluir su responsabilidad deudora y hacerla recaer sobre el otro cónyuge³⁵.

El riesgo que se puede correr es que el sujeto que ha de abonar esos gastos no lo haga porque no puede o bien porque actúe de mala fe. En el caso de gastos ordinarios, el impago más significativo es el de los gastos de comunidad que pueden llevar al titular de la vivienda a un proceso con la comunidad y a consecuencias importantes respecto a la misma vivienda. Pero, en el caso de gastos derivados de la titularidad del bien, como seguros, impuestos o préstamos, se puede llegar a la ejecución forzosa del bien y por tanto a la privación de éste.

El pago de la hipoteca puede ser computado dentro de la pensión compensatoria, y ello aunque correspondan a conceptos distintos: uno es el pago de una suma en metálico actualizable y otro el pago de una cuota de amortización de un crédito que grava la vivienda; no obstante según algunas sentencias, comparten el mismo concepto jurídico de carga económica³⁶. También se puede computar como parte de la obligación alimenticia que se impone a favor de los hijos, pues el legislador considera dentro del concepto

³⁴ JUR 2004/293397.

³⁵ SAP de Valencia de 8 de junio de 2005.

³⁶ STSJ Comunidad Valenciana de 2 de septiembre de 2002 (JUR 70046). Ver también SAP La Coruña de 16 de julio de 1999 (AC 8867). En sentido contrario, el Fundamento de Derecho segundo de la SAP de Barcelona de 8 de febrero de 1999 (AC 2832) que niega el carácter de carga del matrimonio a este pago. El Código civil no enumera cuáles son las cargas del matrimonio, mas se pueden entender que son todos aquellos gastos que se producen durante el matrimonio y que benefician a la sociedad conyugal, de ahí que el préstamo hipotecario ha de ser considerado como una carga.

de alimentos la habitación³⁷. Concebida de cualquiera de estas formas, el pago del préstamo hipotecario no genera reembolso alguno por quien paga una vez liquidado el bien. Recientemente la STS de 28 de marzo de 2011 no lo considera como carga del matrimonio sino como deuda por lo que no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo.

En muchas ocasiones, la atribución de la titularidad a uno de los esposos tras la liquidación de la sociedad de gananciales conllevará el pago del préstamo hipotecario pendiente. Y aun sin que afecte a la titularidad, es aconsejable que quien se queda con el uso haga frente al pago del préstamo hipotecario si sus condiciones económicas así lo permiten, pudiéndose compensar por el otro cónyuge en la cuantía de la correspondiente pensión (compensatoria y/o de alimentos). De esta forma evitamos el lanzamiento de la familia por la ejecución del inmueble tras el impago del préstamo hipotecario de fecha anterior a la inscripción del uso.

La atribución del uso de la vivienda a uno de los esposos no implica modificación del sujeto deudor del crédito hipotecario, que seguirá siendo el mismo, o los mismos, que lo concertaron. Como regla general se admite el pacto o disposición judicial en que se atribuye la amortización de la hipoteca a uno de los cónyuges, siendo preferible, como hemos dicho, que lo asuma el sujeto que disfruta del bien. Pero, sobre este extremo cabe llamar la atención acerca de la trascendencia de estos pactos en el contrato real de garantía. Si se asume el pago periódico de las amortizaciones hipotecarias, entonces ¿quedaría liberado el otro cónyuge-deudor hipotecario?, ¿deja de garantizar con su patrimonio personal el incumplimiento de la obligación asegurada (art. 105 LH)? Estos pactos no pueden afectar al contrato que ha de ser cumplido en los términos pactados, más aún cuando el cambio al que nos referimos sería en el sujeto pasivo y éste, de acuerdo con la teoría general de las obligaciones, sólo se producirá de mediar el consentimiento del prestamista, persona física o jurídica que queda al margen de estos acuerdos³⁸. La atribución del pago de la deuda hipotecaria a uno de los esposos no altera el componente subjetivo de la obligación. Tras la liquidación de la sociedad de gananciales se podrá asignar la titularidad del bien quedando salvaguardados los derechos de los acreedores hipotecarios (arts. 1.402 y 1.084 del CC), o bien esperar a que el Juez asigne la distribución de las deudas pudiendo intervenir entonces los acreedores en el procedimiento.

³⁷ SAP de Murcia de 12 de mayo de 2003 (AC 1676).

³⁸ Ver SAP de Barcelona de 8 de febrero de 1999.

d) *Disposición de la vivienda común tras la nulidad, separación o divorcio*

En esta ocasión el conflicto surge entre el derecho de cualquier copropietario a salir de la situación de indivisión y la obligación de recabar el consentimiento del cónyuge no disponente o, en su caso, la autorización judicial, en los términos del artículo 1320 del Código Civil.

La adquisición del inmueble durante el matrimonio, con anterioridad por ambos esposos o después de la separación en un acto de conciliación genera una situación de condominio. La liquidación o extinción de la sociedad de gananciales también puede generar la existencia de una comunidad ordinaria.

De esta comunidad se puede salir en cualquier momento solicitando la división de la cosa (art. 400 CC), salvo que se trate de un bien esencialmente indivisible, en cuyo caso, y a falta de acuerdo, se procederá a la venta pública del bien (art. 404 CC). En la copropiedad no hay obligación alguna de permanecer en la comunidad, de manera que mediante el ejercicio de la llamada *actio communi dividundo* la ley faculta a los comuneros para pedir la división de la cosa común en cualquier tiempo, salvo pacto de indivisión no superior a diez años.

Ha de quedar claro que no se puede ejercitar la acción de división sobre un determinado bien ganancial sin haber procedido previamente a liquidar la sociedad de gananciales, siguiendo los trámites legalmente previstos en el correspondiente procedimiento de separación o divorcio, a no ser que el patrimonio ganancial esté exclusivamente compuesto por el preciso bien a dividir, sin que sea necesario en estos casos liquidar formalmente la sociedad de gananciales para ejercitar la acción de división, pues no hay otra solución que la adjudicación por mitad y en *proindiviso* del bien en cuestión³⁹.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, la extinción o disolución de la sociedad de gananciales da paso a un estado de liquidación de la misma, en el que intervienen ambos cónyuges y en el supuesto del fallecimiento de uno de ellos el sobreviviente y los herederos de aquel fallecido, pero no como tales coherederos sino como condóminos, y no a causa de la herencia sino de la extinción de la sociedad de gananciales. Durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la socie-

³⁹ SAP de Burgos de 11 de mayo de 2005 (JUR 217671).

dad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fuera otra) ostenta una cuota abstracta sobre el «totum» ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros. Por tanto, desde que se disuelve la sociedad de gananciales y hasta que se procede a la liquidación de la masa de la misma, nos encontramos durante este período transitorio ante una comunidad de naturaleza especial (comunidad germana o en mano común) equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición. Una vez liquidada la sociedad de gananciales, asignadas las cuotas o bienes, se podrá solicitar que cese la comunidad.

Una cuestión de gran interés práctico surge en esta fase de liquidación: ¿cuál es la valoración de los bienes?, problema planteado en la SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2002 (JUR 273865). ¿Cómo se valora el derecho de uso de la vivienda conyugal para la atribución de los bienes comunes tras la liquidación cuando las sentencias de separación o divorcio atribuyen su uso a uno solo de los cónyuges o a él y a los hijos menores del matrimonio? Si se entiende que son estos últimos los beneficiarios directos de la medida de uso de la vivienda y no el cónyuge que los tiene bajo su custodia, estaremos ante un simple complemento de la contribución alimenticia, similar a la obligación que se presta en base al artículo 93 del CC, y como tal no computable en el momento de la partición. No habiendo hijos menores, dependerá de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho de uso. Si se entiende que no existe ninguna restricción al poder de disposición y que el adjudicatario no tiene obligación de respetar el derecho de uso vigente, carece de sentido imponerle un valor. Si, por el contrario, la adjudicación de la vivienda familiar a la esposa, aun sin hijos menores, constituye un derecho *sui generis*, que debe tener acceso al Registro de la Propiedad y que puede por ello oponerse a terceros, no debe haber ningún inconveniente en valorar esa carga que va a condicionar la disposición posterior, introduciendo una ventaja económica en favor del adjudicatario o adjudicataria.

En muchas ocasiones de crisis matrimonial, la negativa del otro cónyuge no disponente a la venta del bien procede de su interés en

mantener el uso de la vivienda, pero hay que tener presente que, conforme a la jurisprudencia actual, el derecho familiar protegido en el proceso matrimonial se mantiene pese a la disposición del bien.

Así pues, se ha experimentado una evolución que va desde un primer momento (STS de 23 de noviembre de 1990, RJ 9045) en que se exigía que, ejercitada la acción de división mediante venta, el cónyuge titular del derecho de uso debía desalojarla, hasta el momento actual en que se mantiene el respeto a la eficacia de la atribución judicial del uso, por configurarse como un derecho oponible a terceros⁴⁰. El derecho de uso ha de ser respetado en caso de ejercicio de la acción divisoria, so pena de dejar sin contenido la imperatividad ejecutoria de la sentencia de separación o divorcio.

Dicho con otras palabras, el cónyuge que no tiene el uso de la vivienda del que también es propietario puede instar la acción de división del bien para repartirse el beneficio económico obtenido sin que pueda oponerse el otro cónyuge no disponente, pero el uso atribuido o aprobado judicialmente no se verá afectado, continuando como carga que soportará temporalmente (como mucho la vida del cónyuge beneficiario) el nuevo adquirente, siempre que el uso esté inscrito, e incluso, el ocupante no decae en su derecho pese a la falta de publicidad registral, pues en la subasta se debe garantizar este derecho familiar existiendo el momento procesal oportuno para tener conocimiento del derecho de uso y darle la consiguiente publicidad en el anuncio de la subasta (art. 661 LEC).

El ejercicio de la acción de división ha de garantizar y respetar la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar en cuanto que las circunstancias concretas que justificaron su atribución permanezcan. Por tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa común en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que sólo puede ser modificado por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó (STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003, RJ 7128).

La acción de división y el derecho de uso son perfectamente compatibles. El derecho de uso no limita la posibilidad de solicitar la división de la cosa común, sino que impone necesariamente que se respete y garantice su eficacia frente a los terceros adquirentes. Ahora bien, para que tal derecho de uso sea garantizado o protegido debe estar respaldado por el contenido del artículo 96 CC y seguir cumpliendo la función de servir de hogar familiar, pues de

⁴⁰ Cambio jurisprudencial que se inició con la STS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 10250).

no ser así ninguna traba jurídica existirá para su libre disposición o división al faltar la razón de ser de la misma, es decir la tutela de la situación familiar provocada por la crisis matrimonial. Dicho esto, cabe preguntarse qué Juzgado es competente para declarar el cese del interés más necesitado de protección. En este sentido, el Juzgado de Primera Instancia que conoce de la acción de división puede determinar que el derecho de uso se ha extinguido sin necesidad de esperar a que se alteren las medidas por los Juzgados que conocieron de esta materia de Derecho de familia, pero esto es posible en supuestos en los que, de un modo claro e indubitado, se aprecie que la medida ha perdido totalmente su significado, en función de las circunstancias en que se concedió.

A juicio de Erdozain López⁴¹, esta solución realmente satisface los intereses de todas las partes, si bien presenta el inconveniente de que, lógicamente, el precio de venta se verá ostensiblemente reducido ante la previsión para el adquirente de tener que soportar al poseedor legítimo de la vivienda. En todo caso, al cónyuge no disponente siempre le va a quedar la posibilidad de comprar su parte al otro cónyuge, asegurado con el derecho real de adquisición preferente, y la seguridad de mantenerse en la posesión de aquella en tanto no sean modificadas las condiciones fácticas que motivaron la resolución judicial correspondiente.

Para los casos de venta por ejercicio de la acción de división, ex artículo 400 CC, la STS de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009/524) determina que no es necesario recabar el consentimiento del otro titular, pues lo que se está ejercitando es el derecho a la división de la cosa común para el que no se requiere la voluntad conjunta ni autorizada. Cualquiera de los condóminos puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa al no estar obligados a permanecer en tal situación. Por ello, el artículo 400 no plantea una cuestión relacionada con la facultad de disposición del que no tiene el uso de la vivienda.

III. VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA POR UNO DE LOS CÓNYUGES

La Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre, establece en su artículo 15 que en aquellos casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no titular podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los

⁴¹ «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, vol. II, 1997.

arts. 90 y 96 del Código Civil. No pocas dudas ha suscitado el precepto acerca de las consecuencias que se derivan del mismo y, en concreto, cuál es el carácter que ostenta el arrendatario saliente.

La dificultad deriva de la diferente configuración de la vivienda en ambas instituciones: matrimonio y arrendamiento urbano. El Código Civil trata del uso de la vivienda familiar haciendo abstracción del título que fundamenta el goce familiar; mientras que la Ley de Arrendamientos acoge los cambios de titularidad como cesión o subrogación en el arrendamiento de vivienda. Así las cosas, se ha de buscar una armonía entre las disposiciones civiles comunes aplicables a una crisis matrimonial y las disposiciones civiles especiales relativas al arrendamiento de vivienda.

Al respecto, la doctrina civilista y la jurisprudencia de las Audiencias vienen sosteniendo que, independientemente de cuál de los dos cónyuges sea titular del contrato de arrendamiento, si la atribución de la vivienda familiar se realiza a uno de ellos, ya sea a través del convenio regulador aprobado judicialmente ya sea por decisión judicial en un proceso matrimonial contencioso, es tan sólo la atribución del uso exclusivo de la misma, esto es, del derecho a usarla y disfrutarla. Derecho que no modifica la titularidad del contrato, ni las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, y que de ningún modo supone ni una cesión ni un subarriendo a los efectos del artículo 8 LAU que exigiría, en cualquier caso, el consentimiento del arrendador⁴². También hay quien ha considerado que esta situación especial deriva en un supuesto de coarriendo, pese a que en el momento de otorgamiento del contrato intervino uno solo de los cónyuges⁴³.

Lo cierto es que, en la atribución del uso en los supuestos de ruptura conyugal, es arrendatario quien lo era antes de la crisis matrimonial, si bien se le priva de su derecho a usarla sin que desaparezca de la relación contractual, ya que es él quien asume las obligaciones frente al arrendador. Y esto es así porque la situación creada tras la crisis matrimonial no es definitiva en la medida en que, tanto el convenio aprobado judicialmente como las medidas acordadas por el Juez en un proceso contencioso, son susceptibles de modificación si varían las circunstancias que sirvieron de fundamento a su adopción, de ahí que si fuese otro el interés familiar más digno de protección, se daría un cambio en el uso, tornando éste,

⁴² Opinión mantenida por CARRASCO PERERA, A.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. R. BERCOVITZ, Aranzadi (2.^a edición), Pamplona, 1997, págs. 356 y ss., y OSSORIO SERRANO, J.M.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. LASARTE ÁLVAREZ, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 432 y ss.

⁴³ El Código Civil francés parte del imperativo legal de cotitularidad de los arriendos donde se asienta el domicilio familiar (art. 1.751).

por ejemplo, al cónyuge-arrendatario, modificación que es obvio no podría darse si se entendiera que estamos ante una verdadera cesión con cambio de titularidad contractual⁴⁴. Por tanto, no es en sí una situación de cotitularidad, tampoco de cesión, sino un derecho especial que crea la ley de arrendamientos para proteger un interés jurídico. El legislador de 1994 quiso atender a la realidad social para incorporar estas y otras necesidades (caso de las minusvalías físicas, de las relaciones estables de parejas de hecho, etc.) al texto legal de un contrato tan utilizado por el sujeto, teniendo que hacerlas compatibles con el sistema jurídico preestablecido.

Así pues, la regulación legal ha dado lugar a distintas jurisprudencias. Unas entendían que el contrato de arrendamiento se consideraba celebrado por ambos cónyuges, aunque tan sólo uno de ellos lo firmara, por lo que la atribución del uso al cónyuge no firmante no era más que el reconocimiento de un derecho que ya poseía. Otras se han decantado por entender que tras la atribución judicial del derecho de uso en proceso matrimonial se producía una subrogación «ex lege» del no titular, simultánea a la desvinculación contractual del titular inicial⁴⁵. Actualmente se entiende que ni el titular del contrato de arrendamiento deja de serlo, ni el cónyuge, inicialmente no titular, adquiere la consideración de parte del contrato.

Efectivamente, el artículo 15 LAU consagra el derecho del cónyuge a continuar en el uso de la vivienda, indicando la doctrina jurisprudencial que interpreta el mismo que ello no significa que este derecho lo sea en calidad de arrendatario, pues no existe una cesión *ope legis* del arrendamiento, sino que es un derecho fundado en la propia Ley sin necesidad de recurrir a ideas de cotitularidad o cesión del contrato, por lo que continuará siendo arrendatario a todos los efectos el cónyuge que celebró el contrato. En el preámbulo de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos, después de proclamar respecto a las subrogaciones ínter vivos que sólo se reconocen previo consentimiento del arrendador, se dice: «al mismo tiempo se introduce una novedad, en el caso de resoluciones judiciales que en procesos de nulidad, separación o divorcio asignen la

⁴⁴ Ver SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2002 (AC 978).

⁴⁵ Opción doctrinal mantenida por GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la LAU, *Aranzadi Civil*, vol. III, Pamplona, 1998; LOSCERTALES FUERTES: *Los arrendamientos urbanos*, Sepin, Madrid, 1995, pág. 239 y SERRANO ALONSO, E. en «Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos» dir. X. O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995, págs. 158 y 159. El primero de los autores citados advierte de los contrasentidos que supone considerar arrendatario al que inicialmente lo era, tanto en orden a los procedimientos judiciales, a la obligación de pago y demás cargas derivadas del inquilinato o a las posibilidades de subrogación o de retracto que ofrece el texto arrendaticio.

vivienda al cónyuge no titular. En estos casos, se reconoce *ex lege* a dicho cónyuge el derecho a continuar en el uso de la vivienda arrendada por el tiempo que reste del contrato.» Es decir, el legislador ha distinguido perfectamente entre subrogaciones *inter vivos* y el derecho a continuar en el uso de la vivienda por el cónyuge no arrendatario, que introduce como novedad y con el propósito claro de imponer este derecho al cónyuge afectado.

Obtenida la resolución judicial en virtud de la cual se declara resuelto el matrimonio atribuyéndose la vivienda al cónyuge no arrendatario, dispone éste de dos meses contados desde la notificación judicial para ponerlo en conocimiento del arrendador, acompañando copia de la resolución que justifique el cambio de sujeto⁴⁶. Si la atribución de la vivienda al cónyuge no firmante del contrato de arrendamiento se le asigna, no en la resolución del contencioso o de confirmación del convenio, sino que se adopta como medida provisional mientras se resuelve la situación familiar (art. 103.2 CC) se tendrá que poner igualmente en conocimiento del titular del inmueble (arrendador) para su información (entrega de copia del auto de las medidas provisionales).

La falta de comunicación en el plazo establecido en la ley no provoca la resolución del contrato de arrendamiento por cesión o subarriendo inconstituido, ya que el derecho del cónyuge beneficiario como sujeto arrendatario deriva de una especial concesión atribuida por la LAU a costa del arrendador⁴⁷, y no deriva de alguno de los supuestos de transmisión de la titularidad.

Siguiendo con este apartado segundo del artículo 15 de la LAU, hay que tener presente que la Ley no aplica expresamente ningún tipo de consecuencias a la omisión o retraso en el cumplimiento de lo previsto en el precepto. Si, como anteriormente hemos dicho, esta atribución del uso es considerada en el preámbulo de la Ley como una novedad, no puede entonces asimilarse a las causas resolutorias relativas a la cesión inconstituida o subarriendo. Tampoco se trata del incumplimiento de una de las obligaciones resultantes del contrato a las que se refiere el artículo 27, pues ni dicha obligación dimana propiamente del mismo, ni el incumplimiento puede imputarse al arrendatario tal y como exige el referido precepto, sino que la omisión es achacable a quien no es arrendatario. Este derecho de uso se concede «*ope legis*», sin que quede condiciona-

⁴⁶ La comunicación se ha de realizar cuando tenemos pronunciamiento al respecto, mientras tanto, aunque exista sentencia de divorcio, si nada se establece sobre el uso de la vivienda nada hay que notificar al casero (SAP de Madrid de 9 de julio de 2004, JUR 299381).

⁴⁷ Sobre la inexistencia de obligación de comunicación al propietario para dar el arrendador su consentimiento ver la SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2005 (JUR 219775).

do a la comunicación. La razón de ser de dicho deber ha de buscarse en otras motivaciones, y entendemos que ha de concretarse en la necesidad de despejar las dudas que suscitaba la legislación anterior respecto a la legitimación del cónyuge no arrendatario como parte en el proceso de desahucio instado por el arrendador por otras causas, cuya sentencia tendría, una vez que haya sido llamado a juicio, plena eficacia frente al mismo.

En definitiva, la comunicación al arrendador es exigible para que la atribución del uso le sea oponible, pero su falta no puede servir para sin más pretender el arrendador la extinción del contrato⁴⁸. Añadir que, configurado el deber de comunicación como una carga y dada la primacía del interés familiar, el plazo de dos meses señalado no puede operar como un término final que impida posteriormente al cónyuge oponer su posición al arrendador.

La aplicación del artículo 96 CC y en concreto del artículo 15 LAU ha creado un litis consorcio pasivo necesario al equiparar el cónyuge no otorgante del contrato con el firmante del mismo, dándose traslado de las demandas de resolución del contrato al cónyuge no firmante como usuario u ocupante de la vivienda.

En consecuencia, atribuido judicialmente el uso de la vivienda al cónyuge no titular del arrendamiento, el otro consorte no sale de la relación jurídica arrendaticia por lo que al no perder la condición de arrendatario deberá ser demandado en el juicio de desahucio, sin perjuicio de que se demande también al titular del derecho de uso, aun cuando en algunas sentencias se haya decretado su falta de legitimación pasiva por no ser titular del contrato de arrendamiento. Tal y como recoge Anchón Bruñén⁴⁹, el Tribunal Constitucional (STC 289/1993, de 4 de octubre), en el supuesto en el que tan sólo fue emplazado el marido por ser el único titular del contrato locaticio a pesar de haber sido atribuido el uso de la vivienda arrendada a la esposa, negó que la misma hubiera sufrido indefensión desestimando el amparo por no resultar evidente que ésta tuviera que ser emplazada en el juicio instado por el arrendador contra el arrendatario de la vivienda, persona que aparecía como titular del derecho sometido a litigio, ya que ninguna de las resoluciones judiciales impugnadas habían denegado el derecho de la esposa del arrendatario a personarse en el proceso de desahucio sino que lo que negaban era que su personación forzara a retrotraer las actuaciones, ya que el derecho a ser emplazado en un

⁴⁸ SAP de Álava de 20 de septiembre de 2000 (AC 4631). Ver también COLÁS ESCANDÓN, A. M.: «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», en *Aranzadi Civil*, núm. 13/2003.

⁴⁹ ANCHÓN BRUÑÉN, M.J.: *Análisis práctico de un juicio de desahucio por falta de pago*, J.M. Bosch Editor, 2008.

proceso es, sin duda, un derecho más limitado que el derecho a personarse en él.

De lo dicho hasta aquí resulta que, de los últimos pronunciamientos, las Audiencias Provinciales tienen bien claro que el derecho que acoge el artículo 15 LAU no se fundamenta en una cesión del contrato. ¿Y por qué no es así? Principalmente por el carácter temporal del derecho que recoge el legislador de la ley especial: «el artículo 15 citado no utiliza como pudo hacerlo el término subrogación (véase el artículo 14), pues las medidas que se adoptan en el juicio matrimonial son temporales y modificables. No ha de producirse, pues, el efecto de una verdadera novación subjetiva, sino el de una mera sustitución temporal de la persona del arrendatario en el uso de la vivienda arrendada, y a los fines de que no se pueda interpretar tal sustitución como una cesión incontestada (art. 27)» (SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de noviembre de 2000, JUR 77610).

Mientras no se produzca la comunicación al arrendador de continuar el arrendamiento por parte del cónyuge no titular al que se le atribuye el uso de la vivienda, el arrendatario firmante viene obligado al pago de las rentas durante el plazo de duración pactado en el contrato, sin que el mero hecho de la separación, nulidad o divorcio atribuya al arrendatario la facultad de desistir de forma unilateral del contrato. La decisión judicial y los pactos entre los miembros de la pareja no modifican la esencia del contrato y, por tanto, tampoco las obligaciones asumidas por las partes. Hasta que no se acredite que la nueva situación creada por la separación con la atribución del uso de la vivienda a la esposa o esposo se pone en conocimiento del arrendador, el obligado al pago de la renta continúa siendo aquel con quien concertó el contrato. De lo cual se deduce que es el arrendatario el principal interesado en que se produzca la notificación al arrendador, pese a que el cónyuge no arrendatario es quien, según el tenor literal del artículo, tiene que comunicarlo manifestando así su voluntad de continuar con el contrato. Información que también le interesa trasladar el cónyuge ocupante del piso al arrendador para que sea tenido como parte en cualquier procedimiento relacionado con el arrendamiento.

Una vez practicadas todas las notificaciones oportunas y continuando con la posesión de la vivienda el cónyuge no arrendatario, ¿quién queda obligado al pago de la renta y demás deberes que se deriven de esta relación contractual? Quien tenga el disfrute de la vivienda. El legislador establece la facultad a favor del cónyuge no arrendatario de continuar con el uso de la vivienda familiar cuando se le haya atribuido en el proceso matrimonial, pero no lo exige de

sus consecuencias. Dicho precepto tiene como finalidad proteger al cónyuge usuario de la vivienda a fin de que pueda continuar en el uso y disfrute de la misma, debiendo en su caso asumir el pago de la renta desde el mismo momento en que se cumplan los requisitos que establece el artículo 15.2 LAU. No obstante, hay que tener en cuenta el resto del contenido de la sentencia judicial en cuanto a la vivienda se refiere. El Juez o la pareja no sólo pueden atribuir el disfrute del hogar a uno de ellos, sino también fijar el pago que genera este derecho de uso a cargo de uno de los cónyuges, ya sea el que continúe en la vivienda o el otro que aun siendo el titular del arrendamiento tendrá que abandonarla. En este último caso el arrendador se encuentra legitimado para reclamar las rentas a quien viene obligado a abonarlas en virtud de esa resolución judicial o convenio regulador, sin que pueda decirse que tenga efectos sólo ínter partes, y sin perjuicio de que el ocupante de la vivienda pueda hacerse cargo de tal obligación, a lo cual no podrá negarse el arrendador siempre y cuando haya sido informado de la situación⁵⁰. Si se reclaman judicialmente las cantidades pendientes de pago, el demandado será el cónyuge obligado al pago, sin hacer extensible la demanda a la pareja. Cuestión distinta sería que se solicitara la resolución contractual por impago de las rentas, pues en estos casos sí existe un litisconsorcio pasivo necesario.

¿Qué pasa si el cónyuge al que se le ha atribuido el uso deja de pagar la renta? Aparte de poder iniciar el procedimiento de desahucio, ¿se le podría exigir el pago de las cantidades pendientes al arrendatario que ha quedado excluido del uso de la vivienda? Teniendo en cuenta que el derecho de uso del cónyuge no firmante del contrato no modifica la titularidad del contrato ni las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, es arrendatario quien lo era antes de la crisis matrimonial, si bien se le priva de su derecho a usarla, no desapareciendo, por tanto, de la relación contractual ya que es él quien asume las obligaciones frente al arrendador, entre ellas la de pago⁵¹. Es una cuestión de gran trascendencia práctica y que hay que tener en cuenta a la hora de plantear las demandas correctamente para que no sean desestimadas⁵².

⁵⁰ SAP de Las Palmas de 3 de abril de 2007 (JUR 171827)

⁵¹ Hay sentencias que atribuyen exclusivamente al cónyuge ocupante la obligación de pago de las rentas generadas desde que se le asignó el uso de la vivienda, y ello debido a que parten de otro fundamento hoy desechado, cual es que, dictada resolución que atribuya el uso exclusivo de la vivienda a uno de los cónyuges y notificada dicha resolución al arrendador, se produce una subrogación contractual «ope legis» en favor del cónyuge adjudicatario, el cual asume las cargas y ventajas derivadas de la relación arrendaticia. Esta subrogación le hace responsable de todas las obligaciones derivadas del contrato (SAP Asturias de 4 de septiembre de 2000, AC 2112).

⁵² V. GARCÍA ABURUZA, M. P.: «El desahucio por falta de pago de la renta», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 22/2007.

Para aplicar el artículo 15 LAU es indiferente el régimen económico-matrimonial de los cónyuges o el momento de celebración del arrendamiento, de modo que ninguna relevancia debe tener la discusión sobre la consideración de ganancial o no del arrendamiento y, en consecuencia, que el cónyuge no firmante del contrato sea titular o no del mismo. Lo determinante es quién contrata y la protección del interés del cónyuge no contratante como complemento de la protección del interés familiar (arts. 96 y 1320 CC). Lo que consagra la norma es simplemente eso, el derecho del cónyuge a continuar en el uso de la vivienda. De ninguno de sus términos se desprende que dicho derecho lo sea en calidad de arrendatario. Ésta era la finalidad de la enmienda número 311 que modificó la redacción inicial del Proyecto de Ley, tutelar el interés del cónyuge asignatario sin alterar, más que en la medida de lo necesario, lo acordado por las partes. Así pues los únicos presupuestos son que exista una sentencia de separación y que ésta atribuya el uso de la vivienda al cónyuge no titular del arrendamiento. Resulta claro que también el propio artículo 15 trata de amparar el interés del arrendador, así en su apartado segundo dispone que la voluntad del cónyuge no arrendatario de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador.

IV. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE TERCEROS

El debate sobre esta cuestión se ha desarrollado en la jurisprudencia a partir del siguiente supuesto que, básicamente, se repite en los antecedentes de hecho de las sentencias: titular de un inmueble que cede gratuitamente el uso y disfrute de la vivienda a un pariente próximo, normalmente hijo/a, y a su cónyuge para que constituyan en ella el hogar conyugal y familiar ayudando, de esta forma, al matrimonio⁵³. El problema aparece cuando sobrevenida la crisis familiar se atribuye el uso a uno de los cónyuges con exclusión del otro⁵⁴. Evidentemente, si el cónyuge beneficiario sigue manteniendo las relaciones afectivas y familiares con los propietarios del inmueble, en principio, no existirá obstáculo para

⁵³ La doctrina que se explica a continuación es igualmente aplicable a las parejas de hecho que utilizan el inmueble como vivienda familiar y que tras la ruptura de la convivencia se le asigna a uno de ellos, ajeno a la relación parental con el propietario (ver STS de 30 de octubre de 2008, RJ 6924).

⁵⁴ No obstante lo dicho, en la SAP de Zaragoza de 3 de mayo de 2005, el actor propietario del piso (padre del esposo) solicita el desahucio de la vivienda por precario sin existir crisis matrimonial alguna. La vivienda había sido cedida al matrimonio mientras buscaban vivienda para establecer su domicilio conyugal.

seguir poseyendo la vivienda. En caso contrario, los propietarios del inmueble intentarán recuperar la vivienda desahuciendo a sus ocupantes con los que no existe relación alguna que justifique esa cesión gratuita.

Entonces, es el momento de valorar si el interés más necesitado de protección que ha llevado al Tribunal ha asignar la vivienda a uno de los cónyuges y, en su caso, a los hijos menores del matrimonio, se antepone al derecho del titular sobre la vivienda; o si por el contrario hay que atender a los legítimos derechos y expectativas del propietario de la vivienda de poder recuperar su inmueble.

Han sido varias las ocasiones en que los Tribunales han podido pronunciarse al respecto, poniendo de relieve la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales a la hora de abordar el examen de la cuestión. Desde la sentencia más lejana del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964 (RJ 5552) hasta la más reciente de 22 de octubre de 2009 (RJ 2009/5704), el tema ha quedado tal y como se relata a continuación⁵⁵.

Hay que partir de una premisa y es que la relación jurídica que une a los propietarios con los cónyuges no se ve alterada ni cambia su naturaleza por la posterior resolución recaída en el procedimiento matrimonial. Tal y como se configuró la relación en un principio, así se mantendrá tras la separación sin que afecte a su calificación jurídica.

Tratándose de una relación jurídica *inter partes* hay que analizar en un primer momento la voluntad de los sujetos, manifestada verbalmente o por escrito, aplicándose entonces los efectos propios de ese contrato. Lo que ocurre en estos casos es que la mayoría de las veces esa voluntad no suele estar plasmada por escrito, por lo que frecuentemente se producirá una importante duda al respecto derivada de la falta de pruebas concretas. Esto supone atender siempre al caso particular sin aplicar directamente la regla general que se extrae de la doctrina jurisprudencial.

Si no se pudiese probar la existencia de un contrato nos hallaríamos ante un precario que consiste en la cesión de la posesión de la vivienda a voluntad de sus propietarios, sin que medie renta ni título que legitime dicha posesión, sino la concesión graciosa de sus titulares que podrán instar a los ocupantes a abandonar el inmueble sin necesidad de causa alguna y en cualquier momento. Por el contrario si, aun en el caso de cesión gratuita y sin límite temporal alguno, la vivienda se destina a un uso preciso y determi-

⁵⁵ Recientemente, ver la exposición de RUBIO TORRANO, E.: «Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS de 22 de octubre de 2009)», en *Aranzadi Civil*, 2/2010.

nado, deja de configurarse como un precario para calificarse como comodato o préstamo de uso. Para constituir un derecho de uso y habitación a favor de la familia se requiere una clara voluntad acorde a la constitución de un derecho real que gravará el inmueble.

Para que la cesión del inmueble a favor del matrimonio y/o familia se configure como un comodato no bastará con la precisión de un uso genérico al que se destina toda vivienda, sino en recoger y poder demostrar que el inmueble fue cedido para un uso concreto y determinado, como hogar familiar, en consideración del matrimonio del hijo/a y con objeto de que él y su esposa/o establecieran el hogar conyugal y familiar donde residir junto a los hijos, si se da el caso. Si dicha circunstancia no se puede probar, estaríamos ante un precario pudiendo resolverse la relación jurídica en cualquier momento y así recuperar el inmueble.

Por consiguiente, cuando no existe título y no se paga renta es una simple posesión consentida o precario. Tratándose de una cesión gratuita, pero con la voluntad manifiesta de atender a las necesidades de la familia o fijando un plazo de duración, la posesión del inmueble se fundamenta en un comodato.

La STS de 13 de noviembre de 2008 da un paso más en la singladura que ya habían iniciado otras sentencias⁵⁶, pues aun considerando que existía un comodato en el caso enjuiciado, ya que el inmueble se destinó a servir de morada familiar y para subvenir las necesidades familiares, no le reconoce título suficiente a la demandada para enervar la acción de desahucio ejercitada por el propietario. La razón está en que al romperse la convivencia conyugal desapareció el uso concreto y determinado dejando de existir el comodato, pasando a ser precarista la poseedora. La posterior atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda a favor de la esposa no creó un derecho nuevo, manteniéndose como precarista⁵⁷. En cualquier caso, la resolución judicial que pone fin al matrimonio es oponible en el seno de las relaciones entre los cónyuges, sin que pueda afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto.

La SAP de Barcelona de 15 de abril de 2003 (JUR 254127) en aplicación del artículo 1289 CC llega a la conclusión de que siendo el precario y el comodato esencialmente gratuitos (nada percibe el dueño de la cosa cedida), si hay dudas respecto a la naturaleza de la situación, han de resolverse a favor del precario, porque éste es

⁵⁶ También STS de 2 de octubre de 2008 (RJ 5587) y 30 de octubre de 2008 (RJ 6924).

⁵⁷ Se aleja totalmente de este criterio la STS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 10250), al considerar que la necesidad familiar a la que queda circunscrito el comodato persiste tras la separación o ruptura manteniendo la posesión el comodatario.

menos gravoso para el propietario e implica, utilizando las propias palabras de la ley, una «menor transmisión de derechos e intereses». En definitiva, quien entrega algo se presume que lo entrega en precario, porque eso supone algo menos gravoso para el propietario y, como éste hace la entrega sin recibir nada a cambio, la ley presume que quiere obligarse a lo menos costoso para él.

Otorgar al precarista una protección jurídica superior al de cualquier otro por combinarse con el elemento familiar supondría atribuir las cargas familiares a terceros ajenos al vínculo matrimonial, afectando a ese espíritu benefactor y solidario parental por temor a una posible crisis matrimonial. La solución no viene por este camino. La indefensión o desamparo en que se puede encontrar el cónyuge desahuciado se contrarresta utilizando las medidas propias del Derecho de familia, compensando la privación de la vivienda con un incremento económico en la pensión⁵⁸.

La siguiente cuestión que nos podemos plantear es, ¿cuál es el procedimiento judicial idóneo para recuperar el bien?

Atendiendo a los elementos que intervienen en el supuesto que se plantea bajo este epígrafe, habría tres posibilidades: juicio verbal de desahucio por precario, un procedimiento ordinario o el procedimiento especial del artículo 41 LH.

En algunas sentencias⁵⁹ se rechaza el ejercicio de la correspondiente acción de desahucio por no considerarlo adecuado para la obtención de la posesión, habida cuenta de la posible existencia de un título válido como pudiera ser el comodato que requeriría un pleito declarativo para dilucidar si los cónyuges tienen un título legítimo oponible a los propietarios.

Es cierto que ha venido siendo doctrina reiterada, en relación con el desaparecido juicio de desahucio de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que esta clase de juicios, dado su carácter sumario, no admitían el planteamiento ni decisión de cuestiones complejas que rebasaban su estrecho ámbito, y requerían una más amplia discusión en el juicio declarativo ordinario. En la actualidad, sin embargo, de acuerdo con el artículo 250-1, 2.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la acción de desahucio por precario únicamente puede ventilarse en el juicio verbal regulado en el Título III del Libro II de dicha Ley (arts. 437 y ss.), que es un juicio declarativo sin limitación de alegación y prueba y que, por lo tanto, admite la discusión y acreditación en el

⁵⁸ Al respecto, ver SAP Lugo de 15 de abril de 2005.

⁵⁹ SsAP de Barcelona de 13 de mayo de 1998 (AC 5525) y de 15 de abril de 2003 (JUR 254127).

mismo juicio de cualquier cuestión compleja que pueda ser opuesta por las partes⁶⁰.

La otra opción que se planteaba se recoge en la Ley Hipotecaria con el siguiente tenor literal: «las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente» (art. 41). Puesto que se trata de recuperar la posesión de un piso que, normalmente, está registralmente inscrito a nombre del demandante, esta acción registral se podría presentar como válida. No obstante la SAP de Zaragoza de 10 de octubre de 2001 (AC 2127) la rechaza pues «tratándose la cesión del piso de un comodato, no era este procedimiento sumario el adecuado para privar del uso a la ocupante».

La acción registral del artículo 41 se desarrolla en el correspondiente juicio verbal (250.1 7.º LEC), al igual que la acción de desahucio que igualmente queda dentro del ámbito del juicio verbal. La acción real registral la puede utilizar el titular registral cuyo asiento se halle vigente (padres que tienen inscrito su dominio) contra los poseedores o perturbadores sin título inscrito, entendiéndose como tales los titulares de derechos inscribibles por ser de naturaleza real o, en su caso, por tratarse de un derecho personal arrendaticio. Siendo el comodato o el precario derechos de naturaleza personal, no encajarían con la tipología de hecho de la norma hipotecaria.

En conclusión, el ejercicio de la acción de desahucio por precario y su desarrollo en el correspondiente procedimiento verbal es el camino procesal idóneo para hacer valer esta pretensión.

⁶⁰ SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007 (JUR 331923).